الأحوال الشخصية
لغير المسلمين

الدكتور
حمدي عبد الرحمن
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة عين شمس
المحامي بالنقض والإدارية العليا



بسم الله الرحمن الرحيم

فصل تمهيدى

١- عانت مصر، وما تزال إلى حد ليس بالقليل، من تعدد القوانين التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين، وتعود هذه المعاناة إلى أسباب يتعلق بعضها بتطور النظام القانونى فى مصر، فى ظل النفوذ الأجنبى كما يعود البعض الآخر إلى تعدد الطوائف الدينية، وتمسك كل منها بما تعتبره أموراً متصلة بالدين اتصالا وثيقاً. ولعل أهم مظهر من مظاهر تعقد المشكلة ما تعلق منها بالأسرة، وأكثر ما فى الأسرة من مشاكل حساسة هى مشكلات الطلاق. وهل يترك أمره على نحو الحرية التى تعرفها عن الشريعة الإسلامية، أم على نحو المنع أو التقييد الذى يختلف مع جوهر الشريعة الإسلامية.

ولا شك أن أمر الدين، علي ما فيه من خطورة، هو الذى يفرض ذاته على المشكلة، وهو أيضا الاعتبار الذى يقف إلى الآن فى وجه امكانية توحيد الأحكام فى كافة مسائل الأحوال الشخصية فى مصر.

لذلك ليس غريباً أن تحيط بمشكلة الأحوال الشخصية ضجة اجتماعية وسياسية، كلما اقترب منها المشرع بتعديل أو بمشروع توحيد.

ولم يقتصر أمر الدقة والحساسية على المشكلة فى مستواها العام، الخاص بالتوحيد بين المصريين علي اختلاف دياناتهم، بل انه يجاوز ذلك إلى مستوى طوائف المسيحيين، فقد انتهى تطور هذه الطوائف فى مصر إلى أن جاء وقت استقلت بعض طوائف المسيحيين كُلٌ بكنيستها، وصار لكل كنيسة القاضى الخاص بها (المجلس الملى) الذى يفصل فى قضايا الأفراد التابعين له. ثم بلغ الأمر مداه حين تبلورت لكل طائفة مجموعة من الأعراف والقواعد القانونية

التى تدعى لنفسها أنها تميزها عن غيرها.

٢- وتعود مشكلات التعدد والاضطراب فى مسائل الأحوال الشخصية إلى أجل ليس بالقريب، وإذا عدنا إلى وضع مصر بعد الفتح الإسلامى نجد أن فلسفة الشريعة الإسلامية وأحكامها قد اقتضيتا أن يترك لأهل الكتاب الاحتكام لشرائعهم الخاصة، سواء فى مسائل الأحوال الشخصية أو فى كل ما يتصل بالعقيدة من أمور. وقد استند هذا الموقف من جانب الشريعة الغراء إلى إقرار هذه الشريعة لحرية العقيدة بالنسبة لأهل الكتاب. وقد فرق الفقهاء بين الأحكام المتعلقة بالعقائد وتلك المتعلقة بأعمال الإنسان. ويندرج تحت أعمال الإنسان ما يرتبط بعلاقته بربه ثم أعمال المعاملات التى تتضمن علاقة الإنسان بغيره. وتترك الشريعة الإسلامية ما يتعلق بعلاقة الإنسان بربه للأديان المختلفة، فلا تتدخل فى شأن غير المسلمين. أما المعاملات ففى شأنها تنظم الشريعة الإسلامية كل عمل يأتيه أى فرد مقيم فى دار الإسلام سواء اعتنق الدين الإسلامى أم انتمى إلى دين غيره. وهذا التطبيق الاقليمى تبرره أن أحكام المعاملات تختص بوقائع وروابط اجتماعية لا تمس العقيدة الدينية.

وفى هذه الاطار اعتبر فقه الشريعة الإسلامية أن نظام الزواج هو من أحكام المعاملات. ومع ذلك فإن هذا الفقه، ادراكاً منه للارتباط الوثيق بين الزواج والعقيدة الدينية - ففى كل دين تصور أساسى للعلاقة الزوجية بوصفها من أسس البناء الاجتماعى - فقد ألحق الزواج، حكماً العبادات. وكانت النتيجة المنطقية لهذا الالحاق أن سمح لغير المسلمين أن يترافعوا فى شأن الزواج أمام جهاتهم الدينية التى تفصل فى منازعاتهم وفقا لشرائعهم الخاصة.

ويعتبر هذا التصور هو أول مظهر من مظاهر التعدد فى جهات القضاء وكذلك فى القوانين التى تحكم مشكلات الأحوال الشخصية.

٣- أما المظهر الثانى: فقد تحقق مع الضعف الذى أصاب الامبراطورية العثمانية، فبدأت هذه الأخيرة تمنح بعض الدول ما يسمى بالامتيازات. ومن مقتضى هذه الامتيازات أن يكون لرعايا الدولة الأجنبية امتياز عدم الخضوع للقضاء المحلى، وذلك باللجوء إلى قنصل الدولة فى المنازعات التى تثور بين رعية الدولة وغيرهم من الأجانب، ثم فى المنازعات التى تثور بينهم وبين رعايا الدولة العثمانية. وبهذا صارت العلاقة ذات الطرف الأجنبى من اختصاص القضاء القنصلى، وبغض النظر عن جنسية الطرف الثانى حتى ولو كانت مصرية. وأخيراً فإن اختصاص القضاء القنصلى كان شاملا لمشكلات الأحوال الشخصية والأحوال العينية على السواء.

وقد صاحب هذا الاختصاص القنصلى ظهور مشكلة تعدد القوانين فى أوضح صورها، ذلك أن شئون الأجانب تحكم بقوانين تختلف باختلاف الدول، وتختلف أيضاً، فى مسائل الأحوال الشخصية، باختلاف الأديان.

ومن هنا تحددت سمة هامة من سمات التعقيد فى النظام القضائى والقانونى فى مصر فى ظل الامتيازات الأجنبية.

وقد أثار هذا الوضع الاستياء لدى رجال القانون. ففيه افتئات على سيادة الدولة المصرية، فضلا عن أن تعدد جهات القضاء وتوزيعه بين القضاء المحلى والقضاء الأجنبى (القنصلى) قد أدى إلى تضارب الأحكام وتعذر تنفيذها أحياناً، فضلا عما يؤدى إليه هذا الوضع من انعدام الاستقرار والأمن القانونيين.

وإذا وضعنا إلى جانب الصورة السابقة صورة التعدد القضائى والقانونى الخاص بالوطنيين فى صدد مسائل الأحوال الشخصية، فإن صورة الفوضى القانونية تكتمل على نحو غاية فى الأسف.

إنشاء القضاء المختلط:

٤- وقد دفعت عيوب الوضع السابق إلى التفكير فى اصلاح قضائى وقانونى. فدخلت مصر فى مفاوضات مع الدول صاحبة الامتيازات، فوافقت هذه الأخيرة على إجراء إصلاح قضائى أنشأت بمقتضاه المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ (وصدرت أيضاً التقنيات المختلطة مصاحبة لهذا الاصلاح). وقد سميت هذه المحاكم أيضاً، بمحاكم الاصلاح، نزولا على معنى الهدف الذى سعت إلى تحقيقه. والهدف هو ازالة بعض أوجه الفوضى القضائية فى مصر. فمنذ انشاء هذه المحاكم المشار إليها أصبحت كافة منازعات المسائل العينية من اختصاصها فى كل حالة يكون الأجنبى فيها طرفاً فى العلاقة القانونية[1]. وقد حقق هذا الاصلاح قدراً من المزايا بالنسبة للدول الأجنبية ذاتها نظراً للاستقرار القضائى والقانونى الذى حققه بعد أن بدأت تتغلغل فى الاقتصاد المصرى وتلقى برؤوس أموالها فى سوقه.

غير أن القضاء القنصلى قد ظل رغم ذلك مختصاً بالمسائل المالية بين متحدى الجنسية التابعين لدولة ما كما ظل الاختصاص معقوداً له بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية.

وقد أعقب الاصلاح السابق إنشاء المحاكم الأهلية سنة ١٨٨٣ على نسق القضاء المختلط وانعقد لها الاختصاص بالنظر فى منازعات الوطنيين أو

---

(١) يلاحظ أن القضاء المختلط قد توسع فى اختصاصه فلم يقتصر على فكرة الطرف الأجنبى، بل مد اختصاصه إلى كل منازعة تمس المصالح الأجنبية ولو لم يكن أحد أطراف الخصومة أجنبياً.

المنازعـات ذات الطرف الأجنبى إذا لم يكن هذا الطرف من رعـايا الدول صاحبـة الامتيازات.

وبإنشـاء المحاكم المختلطة والمحاكم الأهليـة تحقق لمصر لأول مـرة اصـلاح ينحها قضاء منظماً وحديثاً.

إلغاء نظام الامتيازات الأجنبية:

٥- تحققت المرحلة التالية فى الاصلاح بابرام معاهدة مونترو سنة ١٩٣٧ بين مصـر والدول صـاحبـة الامـتـيـازات، وبمقـتـضى هذه المعـاهدة ألغيت المحـاكم المختلطة والمحاكم القنصلية، وتحددت لهذا الإلغاء فترة انتقال مدتها اثنتا عشرة سنة تبدأ من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٣٧ وتنتهى فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٤٩. وقد صاحب هذا الإلغاء إلغـاء القوانين التى كانت المحاكم السابقة تحكم وفقـاً لها، كما صاحبه صدور قانون نظام القضاء العادى على أساس وحدة القضاء الوطنى «المحاكم» بوصفـه صاحب الاختصـاص العام بالنسبة للوطنيين والأجانب. كمـا بدأ العمل بالقانون المدنى الحالى أيضا سنة ١٩٤٩.

وبذلك انتـهت مشكلة الأجانب. فمن حيث الاختـصـاص القضـائى أصبح أمرهم منوطاً بالمحاكم المصرية التى لا تزاحمـهـا أية جهـة أجنبيـة، كمـا أصبح هؤلاء الأجانب يخضعون فى المسائل المتعددة الخاصة بهم للقانون الذى يشير به القانون المدنى المصرى (قواعد تنازع القوانين) يستوى فى ذلك أن يتعلق الأمر بأحوال شخصية أو بأحوال عينية.

وبذلك أصـبـحت المسـائل العينيـة (وكـذلك مـسـائل الأحوال الشـخـصـيـة بالنسبة للأجانب) من اختصـاص جهة المحاكم المصرية دون منازع. ولم تبق سوى مشـاكل الأحوال الشـخـصـيـة للمـصـريين تتعدد فيهـا جهات القضاء حيث تنظر

مسائل المسلمين أمام المحاكم الشرعية ومسائل غير المسلمين أمام محاكمهم الدينية (المجالس الملية للمسيحيين)٠

إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية سنة ١٩٥٥:

٦- صدر القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (والقانون رقم ٦٩٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض إجراءات قضايا الأحوال الشخصية والوقف والقانون رقم ٤٦١ سنة ١٩٥٥ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء)٠ وبصدور هذه القوانين تم توحيد النظام القضائي في مصر ولم يعد هناك سوى المحاكم الوطنية الرسمية صاحبة اختصاص يضم مسائل الأحوال الشخصية للمصريين على اختلاف دياناتهم٠

وقد عبر القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ عن رغبة الحكومة في اقامة صرح القضاء وتوفير سبل التقاضى لجميع رعاياها دون تفريق أو تمييز، وذلك بتوحيد نظام القضاء والمحافظة علي الحقوق وصيانتها وتوزيع العدالة توزيعا يظفر بثقة المتقاضين ويضع حدا للحالة المتقدمة، وهى تمس الإنسان فى أدق المشاعر، وتمس العائلات فى أدق العلاقات، وتؤثر فى أخلاق الأفراد والعادات الاجتماعية٠

وقد صدر القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ لينظم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية وسنعرض لاحقاً لأثر صدوره فى هذا المجال٠

وقد اعتبر التطور السابق من أهم ملامح التطور القضائى فى مصر٠

استمرار تعدد القوانين الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية:

٧- غير أن توحيد القضاء لم يقترن بتوحيد القوانين الواجبة التطبيق،

فلا يكفى لاستقرار الحقوق وتحقيق العدالة المنشودة، أن تقضى محكمة واحدة فى المنازعة، بل يتعين أيضاً أن يكون الحكم فيها وفق قاعدة موحدة تصدر عن السلطة التشريعية معبرة عن إرادة الأمة ومستهدفة مصالح المجتمع ويتساوى الجميع أمامها .

وبالتالى تبدو الخطوة التى حققها قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ رغم «جليل خطرها» محدودة الفائدة بالنظر للهدف الأمثل للنظام القانونى . فقد نصت المادة السادسة من القانون المذكور على أن «تصدر الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقاً لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية»، وبالرجوع إلى اللائحة المشار إليها نجد أنها تقرر وجوب صدور الأحكام القضائية طبقاً للمدون فى هذه اللائحة وطبقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة (ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لهذه القواعد) .

ومفاد هذا الحكم أن نقل الاختصاص إلى المحاكم العادية، بعد إلغاء المحاكم الشرعية، يبقى على اختصاص الشريعة الإسلامية أمام المحاكم العادية . وهذا هو المحور الأول لتعدد القوانين .

٨- أما المحور الثانى فيبدو فى شأن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على منازعات الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين . ففى شأنها كانت تضيف الفقرة الثانية من المادة ٦ من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ «أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم» . وهو ذات

الحكم الوارد فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

– وبذلك يحيل المشرع على الشرائع الخاصة بالمصريين غير المسلمين لحكم مشكلاتهم المتعلقة بالأحوال الشخصية إذا توافرت شروط معينة وانتفى مانع النظام العام. وبهذا الأسلوب يكون المشرع المصرى قد عزف عن وضع قواعد قانونية موحدة لحكم المسائل المذكورة واكتفى باسنادها إلى الشرائع الخاصة بالشروط التي قررها.

ومع ذلك تجدر الاشارة إلى أن المشرع قد حاول – بعض الشئ – أن يضيق الخناق على تطبيق الشرائع الخاصة عن طريق القيود والموانع التى قررها فى وجه ذلك التطبيق. ولكن هذا الأسلوب محدود الأثر على أية حال.

وخلاصة ما سبق أن القوانين الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين تتعدد فتضم الشريعة الإسلامية، ثم الشرائع الخاصة بغير المسلمين وهى الشريعة المسيحية والشريعة اليهودية.

مصطلح الأحوال الشخصية وما يندرج تحته:

٩– ظهر مصطلح الأحوال الشخصية فى الفقه الايطالى إبان القرن الثالث عشر وذلك فى مواجهته لمشكلة تنازع القوانين حول حكم علاقة قانونى معينة فقد وجد فى ايطاليا، فى ذلك الوقت، نظامان قانونيان، أحدهما هو القانون الرومانى وهو القانون «العمومى»، الواجب التطبيق على كافة الأقاليم الايطالية. والثانى هو القانون المحلى المطبق فى كل اقليم من أقاليم الدولة وكل اقطاعية من اقطاعياتها. وقد بدأت مشكلة التنازع بين النظامين القانونيين فى الظهور مع اتجاه الأقاليم والاقطاعيات إلى الاستقلال عن سلطة الدولة المركزية.

ومن هنا كان على الاقطاعيات أن تواجه مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأشخاص الوافدين إليها من اقطاعيات أخرى، وهل هو القانون العمومي أى القانون الروماني، أم القانون المحلى.

ولتسهيل أمر الصياغة القانونية في حل هذا التنازع احتفظ القانون الروماني بوصف القانون، واكتفى بوصف «الحال» أو الأحوال للقانون المحلى. ثم قسمت الأحوال إلى أحوال تتعلق بالأموال، وأحوال تتعلق بالأشخاص (الحالة - الأهلية - الوصية - الميراث - الهبة) وقد كان المقصد من هذا التقسيم الأخير التفرقة بين القواعد القانونية التى تطبق تطبيقاً اقليمياً أى تطبق على كافة الأفراد المقيمين على أرض الاقليم بما فى ذلك الوافدين إليه من أقاليم أخرى، وهذه هى الأحوال المالية أو الأحوال العينية، والقواعد القانونية التى تطبق تطبيقاً شخصياً أى تتبع الشخص حيث ذهب، وتلازمه فى غير اقليمه الأصلى، وهذه هى الأحوال الشخصية.

ومع التطور فقد التقسيم أهميته المحلية فى ايطاليا ولكنه دلف إلى فقه القانون المدنى عالمياً وأصبحت قواعد القانون المدنى تنقسم إلى مجموعتين من القواعد، الأولى وتضم القواعد المتعلقة بالأموال (الأحوال العينية) والثانية وتضم القواعد المتعلقة بالأشخاص (الأحوال الشخصية) وقد اتضحت أهمية هذا التقسيم فى نطاق القانون الدولى الخاص كأساس لوضع حدود توزيع الولاية بين القوانين الوطنية والقوانين الأجنبية فى مجال تنازع تلك القوانين فى صدد العلاقات ذات العنصر الأجنبى.

وفى مصر:

١٠- لم يكن للمصطلح «أحوال شخصية» وجود حينما كانت مصر تتحدث بلغة الشريعة الإسلامية، ففقه الشريعة، كما أشرنا، يعرف تقسيم المسائل إلى معاملات وعبادات.

غير أن المصطلح المذكور وفد إلى اللغة القانونية فى مصر مع دخول التقنينات الغربية فى أواخر القرن التاسع عشر. وبدأ الفقه والقضاء فى استخدامه على وجه الخصوص لاسناد الاختصاص بمسائل الأحوال الشخصية لجهات قضائية متعددة سواء بالنسبة للأجانب (القضاء القنصلى) أو بالنسبة للمصريين (المحاكم الشرعية والمحاكم الملية)، وكذلك فى صدد تحديد القانون الواجب التطبيق. وانه، خاصة فى نطاق الأحوال الشخصية أيضا، القانون الشخصى أو القانون الدينى حسب الأحوال (راجع ما سبق عرضه).

محاولات تحديد المسائل الداخلة فى نطاق الأحوال الشخصية:

لم يكن لمصطلح الأحوال الشخصية مدلولا محدداً عند استخدامه فى مصر مما ترك الفكرة للاجتهاد من جانب الفقه والقضاء، بل ومن جانب المشرع أحيانا، وذلك على النحو التالى:

أولا: محاولة محكمة النقض المصرية:

١١- حاولت محكمة النقض المصرية سنة ١٩٣٤ أن تضع تحديداً لما تعتبره من مسائل الأحوال الشخصية فقضت بأن الأحوال الشخصية هى «مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب عليها القانون أثراً قانونياً فى حياته الاجتماعية، ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملا أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية، فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذا فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها

من الأحوال العينية لتعلقها بالمال واستحقاقه وعدم استحقاقه. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية - وكلها من عقود التبرعات - تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة. فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية، كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحتوى عنصراً دينياً ذا أثر فى تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط بإتباع الأنظمة المقررة قانوناً لطبيعة الأموال الموقوفة أو الموهوبة والموصى بها» (نقض ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ جزء أول، ص ١١٧).

ويلاحظ على هذا الحكم أنه اتخذ اتجاهاً موضوعياً فى تقسيم المسائل إلى شخصية ومالية حيث أدخل فى الأحوال الشخصية مجموعة ما يتميز به الإنسان من صفات طبيعية أو عائلية ذات أثر قانونى فى الحياة الاجتماعية وهو ما يشمل «الحالة» على نحو واسع، حيث أدرج الحكم تحت هذا التعريف مفردات الحالة والأهلية عموماً.

ومن ناحية أخرى، أقر الحكم بالطبيعة المالية للوقف والهبة والوصية ولكنه ألحقها بمسائل الأحوال الشخصية بسبب جانب التصدق، المندوب إليه ديانة «الماثلة فى هذه التصرفات» وفى هذا الشق الثانى توسعت محكمة النقض فى مفهوم الحالة كما يعرفه الفقه الفرنسى لتضيف إليه ما يعتبر نزولاً على مقتضى الاعتبار الدينى، وهو اتجاه سليم إتفق، وقت صدور الحكم، مع حقيقة الواقع فى المجتمع المصرى، يؤكد ذلك المعنى أن مسائل الوقف والوصية والهبة كانت تدخل فى اختصاص محاكم الأحوال الشخصية لا المحاكم المدنية.

أما ما أخذ على الحكم السابق فهو أنه أدخل النفقات «على اختلاف

أنواعها ومناشئها» في الأحوال العينية وهو أمر منتقد في ذاته، مخالف لما كانت تنص عليه المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية من اعتبار النفقات من مسائل الأحوال الشخصية، وتخرج بالتالي عن اختصاص هذه المحاكم، ليكون الاختصاص بها لقضاء الأحوال الشخصية.

ثانيا: تحديد مسائل الأحوال الشخصية في المادة ٢٨ من لائحة تنظيم القضاء المختلط:

١٢- كانت المادة ٢٨ من اللائحة المذكورة والتى صدرت سنة ١٩٣٧ تنص على أن تشمل الأحوال الشخصية: «المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة، وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين، والطلاق والتفريق والبنوة[1] والاقرار بالأبوة وانكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار، وتصحيح النسب والتبني والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والغيبة واعتبار المفقود ميتاً».

ويلاحظ على النص السابق أنه أورد تفصيلا أكثر مما ذكره حكم محكمة النقض سنة ١٩٣٤ ويمكن القول بأن الأحوال الشخصية تدور حول ثلاثة محاور: المحور الأول هو الأسرة وما يرتبط بها من علاقات. والمحور الثاني وهو

---

(١) يلاحظ أن المادة الرابعة من قانون الطفل رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ حظرت تماماً أن ينسب الطفل لغير والديه، وبالتالي لايجوز التبني في مصر بالنسبة لكافة المصريين على اختلاف دياناتهم.

الحالة، والثالث هو الأهلية. ومن ناحية أخرى أخذ البعض على النص أنه أورد المهر والحق به (الدوطة) وكأنهما مترادفان مع أن المهر نظام معروف فى الشريعة الإسلامية بأنه تقدمة الزوج من ماله مساهمة فى نفقات الزواج، فى حين أن الدوطة هى نظام غربى يمثل ما تقدمه الزوجة لزوجها بمناسبة الزواج.

وأخيراً، فإن هذا النص قد إنتهى بذكر المسائل التى يختص بها الذميون من غير المصريين كالنظام المالى للزوجين والتفريق.

ثالثا: نص المواد ١٣ و١٤ من قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩:

١٣- صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء وذلك على أثر الغاء القضاء المختلط. وقد تناولت المواد ١٣ و١٤ من هذا القانون وضع تحديد لمسائل الأحوال الشخصية.

فقد نصت المادة ١٣ على أن «تشمل أحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة، ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والاقرار بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة واعتبار المفقود ميتاً والتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت».

ثم نصت المادة ١٤ من ذات القانون السابق على أن تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك.

ويلاحظ أن النصوص السابقة تتفق فى مجملها مع ما ورد بالمادة ٢٨ من لائحة تنظيم القضاء المختلط، ومع ذلك يتعين أن نذكر بعض الايضاحات والتحديدات الهامة.

أولا: ان توحيد جهات القضاء اعتباراً من سنة ١٩٥٥ (إلغاء المحاكم الشرعية والملية) قد أدى، مع بقاء نص المادة ١٣ من قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩، إلى أن أصبح مفهوم الأحوال الشخصية واحداً فى القانون المصرى سواء بالنسبة للأجانب أو بالنسبة للمصريين[1].

ثانيا: أن المادة ١٤ من قانون نظام القضاء قد قيدت اعتبار الهبة من مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب بشرط أن يكون قانونهم يعتبرها كذلك، بينما لم يرد هذا القيد فى حكم المادة ٢٨ من لائحة القضاء المختلط التى كانت تعتبر الهبة من مسائل الأحوال الشخصية مطلقاً.

ثالثا: أن المادة ١٣ فصلت بين المهر والدوطة ولم تخلط بينهما بخلاف المادة ٢٨ من لائحة القضاء المختلط.

رابعا: أن المادة ١٣ قد ذكرت الولاية من بين مسائل الأحوال الشخصية، فى حين لم يرد ذكرها فى المادة ٢٨ من لائحة القضاء المختلط.

رابعا: إلغاء المواد ١٣ و١٤ بصدور قانون السلطة القضائية سنة ١٩٦٥:

١٤- عندما صدر قانون جديد للسلطة القضائية سنة ١٩٥٩ (القانون رقم ٥٦) لم يلغ من أحكام القانون السابق عليه (قانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) إلا ما يتعارض مع نصوصه، لذلك ظل تحديد مسائل الأحوال الشخصية محكوما بالمواد ١٣ و١٤ من قانون ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ حيث أنها ظلت سارية المفعول لعدم تعارضها مع أى نصوص فى قانون سنة ١٩٥٩.

---

(١) حيث عدل القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ المادة ١٢ من قانون نظام القضاء لسنة ١٩٤٩ بحيث أصبح اختصاص المحاكم بالنسبة للأحوال الشخصية يشمل المصريين أيضا بعد أن كانت المادة المشار إليها تقصر اختصاص المحاكم المدنية بالأحوال الشخصية على الأجانب فقط.

غير أن الأمر قد تغير بدءاً من قانون السلطة القضائية الصادر سنة ١٩٦٥ (قانون رقم ٤٣) فقد نص هذا القانون فى مادته الأولى على أن يلغى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ فى شأن السلطة القضائية والقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ فى شأن نظام القضاء والقوانين المعدلة لهما ويستعاض عنها بنصوص القانون المرفق ويلغى كل نص آخر يخالف أحكامه.

وقد أصبح من مؤدى ذلك إلغاء المواد ١٣ و١٤ (ضمن إلغاء القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩) وعودة مسألة تحديد ما يعد من مسائل الأحوال الشخصية مجالا للاجتهاد فى الفقه والقضاء. على أن هذا الالغاء لا ينفى - بطبيعة الحال - أن ما ورد فى المادتين المشار إليهما بقى على سبيل الاستئناس عوناً أساسياً - فى رأى بعض الفقه - فى سبيل التحديد المقصود. ولم يتغير الوضع بصدور قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ حيث لم يتعرض لتحديد ما يعد من الأحوال الشخصية.

توحيد بعض المسائل بالنسبة لكافة المصريين:

لا شك أن الهدف الأمثل هو أن تتوحد القوانين بالنسبة للمصريين على اختلاف دياناتهم بحيث يصبح الجميع خاضعين لقانون وطنى واحد. وقد خطى المشرع المصرى عدة خطوات فى هذا المجال مما قلل من مشكلة تحديد مسائل الأحوال الشخصية بصفة عامة. ونعرض فيما يلى للمسائل التى تم توحيدها وما قد يثيره بعضها من مشاكل:

أ - الميراث:

١٥- صدر فى مصر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فى شأن أحكام المواريث وقد استند اعداد هذا القانون إلى الشريعة الإسلامية. ويطبق القانون

المذكور على كافة المصريين بغض النظر عن اختلاف الدين، وإذا ظهرت مسألة لا حكم لها فيه تعين الرجوع فى شأنها إلى أرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة[١].

والجدير بالملاحظة أنه حتى قبل صدور قانون المواريث المشار إليه، لم يكن للمجالس الملية اختصاص الزامى فى هذا الموضوع، وكل ما كان لها هو ما يسمى الاختصاص التحكيمى، ومعناه أنه يجوز «اتفاق أولى الشأن جميعاً على احالة أمر الخلاف حول الميراث إلى المجلس الملى[٢] ليحكم فيه وفقاً لشريعة المتوفى».

وكان يلزم لانعقاد الاختصاص التحكيمى المشار إليه توافر شرطين أساسيين:

الشرط الأول: أن يكون أطراف النزاع «ورثة» وفقاً للشريعة الإسلامية، أى أن يكون لهم الحق فى الميراث وفقاً لهذه الشريعة، وليس وفقاً لأى شريعة أخرى. ويترتب على ذلك أن الخلاف حول الميراث بين من يعتبر وارثاً وفقاً للشريعة الإسلامية ومن لا يعتبر كذلك، لا ينعقد به الاختصاص التحكيمى حتى ولو كان هذا الطرف الثانى وارثا وفقا لشريعة المتوفى، أو حسب ادعائه.

---

(١) مادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وقد أشارت إلى هذا الحكم المذكرة الايضاحية لقانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

(٢) المادة ١٦ من لائحة ترتيب اختصاص مجلس الأقباط الأرثوذكس الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣، وكذلك المادة ١٣ من الأمر العالى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٣ فى شأن الانجيليين.

الشرط الثانى: أن يتم الاتفاق بين الورثة (المعتبرون كذلك وفقاً للشريعة الإسلامية) على احالة الأمر للمجلس الملى وأن يتم اتفاقهم كذلك على أن يتم الفصل فى الميراث وفقاً لشريعة المتوفى وليس وفقاً للشريعة الإسلامية. وبغير توافر هذا الشرط الأخير لا معنى لعقد الاختصاص للمجلس الملى إذا كان سيحكم وفقا للشريعة الإسلامية.

وقد أقرت محكمة النقض المصرية ضرورة توافر الشرطين السابقين فى حكم لها سنة ١٩٣٥ (٣٠ مايو) «وحيث أن القاعدة الأساسية في مواريث المصريين غير المسلمين أنها تجرى وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ما لم يتفق الورثة الذين تعترف هذه الشريعة بوراثتهم ويتراضوا على غير ذلك، ولا يشذ القانون الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣، بترتيب مجالس طائفة الأقباط الأرثوذكس وبيان اختصاصاتها عن تلك القاعدة، بل ان المادة ١٦ منه وهى التى أشارت لمسألة المواريث، لم تنص على أن الحكم فيها يكون حسب الشريعة المسيحية، بل كل ما فى الأمر أنها نصت على ما يفيد اختصاص تلك المجالس بالحكم فى الوراثة، متى قبل كل الورثة اختصاصها. أما أن يكون حكمها فيها بحسب شريعة أخرى غير الشريعة الإسلامية، فإن عبارة المادة لا يفهم منها هذا، بل لابد من أن يتفق كل الورثة على ذلك فيعمل باتفاقهم الذين هم أحراراً فيه، ماداموا يكونون أهلا للتصرف فى حقوقهم، وقد تأيد الوضع السابق (الولاية التحكيمية) فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حيث نصت مادته الأولى على أن قوانين المواريث والوصية هى قوانين البلد إلا إذا كان المورث غير مسلم، ففى هذه الحالة يجوز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث وفقا لشريعة المتوفى.

هل تبقى الولاية التحكيمية بعد صدور القانون المدنى؟

١٦- صدر القانون المدنى سنة ١٩٤٨ ونصت المادة ١/٨٧٥ منه على أن تعيين الورثة، وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال التركة تسرى فى شأنهم أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها ».

وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى أن قانون ا[illegible]ة بالنسبة لغير المسلمين لا ينطبق حتى ولو اتفق الورثة جميعاً على أن ينطبق.

وقد ذهب رأى فى الفقه، استناداً إلى ما سبق، إلى أن القانون المدنى يكون بذلك قد ألغى الاختصاص التحكيمى الذى كان معترفاً به قبل صدور هذا القانون.

غير أن رأياً آخر يعتقد فى بقاء الاختصاص المذكور حتى بعد صدور القانون المدنى، ذلك أن حكم المادة ٨٧٥ من القانون المدنى والسابق ذكرها، إنما هو حكم عام قصد به الاحالة إلى الشريعة العامة أو الغالبة وهى الشريعة الإسلامية، فى بلد تتعدد فيه الشرائع وتتزاحم فيما بينها، فنظراً لتزاحم قوانين الملة ولصعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق فى مسائل التنازع الداخلى، اعتبر المشرع الشريعة الإسلامية قانوناً غالباً فى مصر بين مختلف الشرائع التى يتألف منها النظام المركب (هذا فضلا عن أنه «طبقاً لقواعد الإلغاء، يعتبر الحكم الذى أوردته المادة ١/٨٧٥ حكماً عاماً، والحكم الوارد فى القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حكماً خاصاً والمعروف أن الحكم العام لا ينسخ الحكم الخاص). وعلى ذلك تظل أحكام القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ فى شأن الاحتكام إلى الشرائع الدينية لغير المسلمين قائمة رغم نص المادة ٨٧٥ من القانون المدنى».

نعتقد، من جانبنا، تعقيباً على الخلاف السابق أن الاختصاص التحكيمى

أمر محدود الأهمية فى نظامنا القانون فهو لا يعدو أن يكون تقريراً لحق الورثة فى التصالح بعد ثبوت الحق فى الميراث تحت اشراف جهتهم الدينية فهو اختصاص لا يتناقض حقيقة مع وضع التوحيد الذى أراده القانون المصرى عند اصداره لقانون المواريث، يؤكد هذا المعنى أن الطوائف غير الإسلامية ليس لديها نظام قانونى بالمعنى الصحيح للميراث، وبالتالى فإن فى المشكلة قدراً من الوهم لا أساس له فى الواقع.

ونضيف إلى ذلك أنه مهما كان الأمر فإننا لا نعتقد فى بقاء أى اختصاص تحكيمى للجهة الدينية بعد إلغاء المجالس الملية وتوحيد جهات القضاء فى الأحوال الشخصية، فإما أن الاختصاص المذكور كان مجرد اجازة للتصالح بشروط معينة كما أشرنا، وفى هذه الحال، لا أهمية له ولا مانع من أن يتصالح من يشاء مع من يشاء تحت اشراف أية جهة. وإما أن يكون الأمر متعلقا بعقد اختصاص قضائى لجهة ذات هيكل تنظيمى تعترف به الدولة، وفى هذه الحالة لابد من الانتهاء إلى زوال الاختصاص التحكيمى بعد إلغاء المجالس الملية.

لذلك لا محل للخلاف الذى نشأ بين بعض الفقهاء حول ما إذا كان من اللازم لانعقاد الاختصاص التحكيم أن يكون أطراف النزاع على اتحاد فى الدين والملة والطائفة (وفقاً لما أورده قانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥) أم لا.

المنازعة حول ثبوت النسب اتصالا بمسألة الميراث:

١٧- قد يثور نزاع حول ثبوت النسب فى اطار المنازعة حول الإرث، وقد تثور المسألة استقلالا فى حياة أطرافها.

ودعوى النسب المستقلة تثير نزاعاً حول الحالة، وهى من المسائل التى

تدخل بطبيعتها، وفقا للمعيار الموضوعي، في نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالي يتعين أن يبت فيها وفقاً للشريعة الخاصة إذا توافرت شروط انطباقها وهي في قانون ١٩٥٥ الاتحاد في الدين والملة والطائفة، ووجود قضاء منظم عند صدور هذا القانون وعدم المخالفة للنظام العام.

أما إذا ثارت منازعة حول النسب في اطار المنازعة حول الإرث فإن الأمر يتم حسمه وفقا للقوانين الموحدة ووفقاً للشريعة الإسلامية في هذا الشأن. وقد عرض الأمر على محكمة النقض المصرية سنة ١٩٤٣ حيث قضت أنه «مما لا نزاع فيه أن دعاوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين من المصريين أو من في حكمهم، من اختصاص القضاء الشرعي، يجرى فيها على وفق أحكام الشريعة الإسلامية. وأن دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها بالنسب وحده، بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق في التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه، مما ينبني عليه أن اختصاص القضاء الشرعي دون سواه في دعوى الإرث بالنسبة لغير المسلمين يستتبع حتماً اختصاصه بدعوى النسب عملا بقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، أما القول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى وحدها من اختصاص المجلس الملي لا القضاء الشرعي، فإنه فضلا عن مخالفته لهذه القاعدة، يؤدي إلى أن يكون اختصاص القضاء الشرعي بدعاوى الميراث لا مجال له لأنه إذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا من الجهة الملية، فإن دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم للتركة، وهذا لا يقتضي الالتجاء للقضاء الشرعي.

ونلاحظ أن هذا الاتجاه في اعتبار ثبوت النسب من المسائل التي يبت فيها وفقاً للشريعة الاسلامية حين تلحق بدعوى الميراث يتفق مع مبدأ أن هذه الشريعة هي التي تتولى تحديد صفة الوارث بالنسبة لغير المسلمين (قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ والمادة ٨٧٥ من القانون المدني).

وقد تأكد هذا المبدأ أيضا بأحكام صدرت عن القضاء المصرى بعد صدور قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (نقض ١٩٦٧/٣/١٥، مجموعة المكتب الفنى س١٨ ص ٦٥٥).

الوصيــــة:

١٨- كان الاختصاص بالنظر فى الوصايا منعقداً للمحاكم الشرعية حتى عام ١٨٩١، يستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين، وكانت المحاكم المذكورة تطبق على هذه الوصايا جميعاً حكم الشريعة الإسلامية، وفقاً لأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبى حنيفة، وعدم جواز الوصية لوارث وحظر الوصية إلا فى حدود ثلث التركة.

غيــر أن منشــوراً صــدر سنة ١٨٩١ فى شـأن الروم الأرثوذكس وقـرر اختصاص الجهة الدينية لهذه الطائفة بتوثيق الوصايا والفصل فى صحة هذا التوثيق. وقد فهم هذا المنشور فى مصر على أساس أنه يخول الجهات الدينية عموماً (وليس الروم الأرثوذكس فقط) اختصاصاً فى مسائل الوصية، دون المحاكم الشرعية.

ومع ذلك فإن المنشور المذكور لم يتعرض إلا لتوثيق الوصايا والفصل فى صحة هذا التوثيق وهى مسألة شكلية، وبالتالى فإن الأحكام الموضوعية التى تحكم الوصية تبقى على حالها مستمدة من الشريعة الإسلامية، إلا أن الطوائف مدت اختصاصها إلى الوصية شكلا وموضوعاً، خلافاً لمقصود المنشور المشار إليه.

وكانت محكمة النقض المصرية تعرضت لهذا الموضوع وحسمت فيه وجه الخلاف سنة ١٩٤٣ في حكم لها صدر فى أول أبريل من العام المذكور «أن ما

جاء بالمواد ٥٤ و٥٥ و١٣٠ من القانون الأهلى لم يكن الغرض منه وضع قواعد للتنازع الداخلى بين القوانين المتعددة الخاصة بالأحوال الشخصية، بل المقصود من هذه المواد هو تعيين القانون الواجب التطبيق بالنسبة للأجانب فيما عساه يطرح أمام القضاء من نزاع متعلق بالمسائل المعنية المنصوص عليها فيه وأن المواريث عموما ومنها الوصية هى وحدة واحدة وتسرى الأحكام المتعلقة بها على جميع المصريين، مسلمين كانوا أو غير مسلمين، وفق قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة».

وفى سنة ١٩٤٤ صدر القانون رقم ٢٥ ونص فى مادته الأولى على أن الشريعة الإسلامية هى قانون البلد فيما تعلق بالمواريث والوصايا، وأجازت للورثة، بالنسبة لغير المسلمين، أن يتفقوا على أن يكون التوريث وفقا لشريعة المتوفى. وهى اجازة تدخل فى مدلول الاختصاص التحكيمى الذى سبق أن تعرضنا له، والذى يشترط لإعماله فى الوصية ذات الشروط الخاصة بالتحكيم فى الميراث، ويخضع لذات الملاحظات التى سبق وعرضنا لها.

وعندما صدر القانون المدنى سنة ١٩٤٨ نص فى المادة رقم ٩١٥ منه على أن «تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها». وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى تعليقاً على هذا النص «تسرى الشريعة الاسلامية وما استمد منها من تقتينات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع، وذلك كالأحكام المتعلقة بالقدر الذى يجوز الايصاء به، وهل تجوز الوصية لوارث، وهل تتم الوصية بالايجاب وحده، وهل يجوز الرجوع فى الوصية، وكيف ينتقل المال الموصى به إلى الموصى له، وما إلى ذلك من الأحكام الموضوعية، وتستوى فى ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين».

الأهلية ومسائل الولاية على المال:

١٩- قبل سنة ١٩٢٥ قام خلاف حول مسائل الأهلية وهل تدخل في اختصاص المجالس الملية لتحكم فيها وفقاً للشرائع الخاصة أم لا؟

لا شك أن مسائل الأهلية والولاية على المال تعد من مسائل الأحوال الشخصية، ومع ذلك فهي من أقرب المسائل إلى مشكلات المال، ومن هنا تنازعها اعتباران، اعتبار توحيد أحكامها بالنسبة لعامة المصريين نزولا على ترجيح المعنى المالى، واعتبار تركها للشرائع الخاصة نزولا على معنى الحالة فيها. غير أن هذا الاعتبار الثانى يؤدي إلى نتائج سيئة، إذ من غير المستساغ أن يجرى الحكم فى تقييد أهلية الشخص أو اطلاقها، وبالتالى قدرته على التصرف فى أمواله من عدمه، وفق شرائع متعددة بالنسبة للوطنيين.

لذلك تدخل المشرع المصرى فى سنة ١٩٢٥ فى ١٣ أكتوبر حيث أصدر قانون المجالس الحسبية وبه تم توحيد أحكام الأهلية بالنسبة لكافة المصريين، وأخرج بالتالى مسائل القوامة والوصاية والحجر من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية، وأصبحت المجالس الحسبية هى الجهة الوحيدة المختصة بهذه المسائل، ويتم الفصل فيها وفق أحكام القانون، وفى حالة غياب النصوص فى مسألة معينة يتعين الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية. وفى هذا المعنى الأخير قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها بتاريخ ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ «مما لا شك فيه أن الأحكام المتعلقة بأموال عديمى الأهلية مستمدة من قواعد الشريعة الإسلامية، فإنه يكون من المتعين الرجوع إلى تلك القواعد دون غيرها باعتبارها الأحكام العامة فى هذا الصدد، للوقوف على ما يكمل أحكام قانون المجالس الحسبية».

وفى سنة ١٩٤٧ صدر القانون رقم ٥٢ فى شأن المحاكم الحسبية حيث عرض لمسائل الوصاية والقوامة والحجر والغيبة ونظم مسائل الأهلية بالنسبة لكافة المصريين.

وعند صدور القانون المدنى سنة ١٩٤٨ وضع تنظيماً موحداً للأهلية فى المواد ٤٤ وما بعدها.

وفى سنة ١٩٥٢ صدر القانون رقم ١١٩ الخاص بالولاية على المال.

الهبـــة :

٢٠- أشرنا فيما سبق إلى حكم محكمة النقض المصرية سنة ١٩٣٤ الذى اعتبر الهبة (بالاضافة إلى الوقف والوصية) من المسائل التى تلحق بالأحوال الشخصية نظراً لوجود التصدق المندوب إليه ديانة. وقد عرض القانون المدنى للهبة ونظم بعض أحكامها الشكلية وبعضاً يسيراً من المسائل الموضوعية فيها، فترك بذلك معظم الأحكام الموضوعية لحكم الشرائع الدينية.

وقد تأيدت وجهة النظر السابقة بنص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والتى أخرجت هذه المسألة من اختصاص المحاكم الأهلية بوصفها من مسائل الأحوال الشخصية، وعلى ذات النحو ذهبت المادة ١٣ من لائحة القضاء المختلط.

والوضع السابق كان منتقداً، لأن الهبة تصرف مالى بحت فى حقيقة الأمر. لذلك جاء القانون المدنى الحالى وحسم أمرها بأن نظمها بوصفها عقداً من العقود، تنظيماً يطبق بطبيعة الحال على كافة المصريين بغض النظر عن اختلاف دياناتهم.

خطة الدراسة:

تقسم الدراسة إلى ثلاثة أبواب:

نخصص ***الباب الأول*** : للأسس العامة لتطبيق شرائع غير المسلمين وما تثيره من مشاكل قانونية.

وفى ***الباب الثانى***: نعرض لشروط تطبيق الشرائع الخاصة.

وفى ***الباب الثالث***: نعرض لأحكام الزواج عند المسيحيين.

الباب الأول

الأسس العامة لتطبيق شرائع غير المسلمين

٢١- كانت المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تنص على أنه «بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم».

ثم صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ باصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية ونص فى مادته الثالثة على أن «تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها. ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص فى تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب الإمام أبي حنيفة».

ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات قضائية ملية منظمة حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ - طبقا لشريعتهم - فيما لا يخالف النظام العام»[1].

---

(١) ونصت المادة الرابعة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على إلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وكذلك الكتاب الرابع من قانون المرافعات، والقوانين أرقام ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ و ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ و٦٢ لسنة ١٩٧٦ ولائحة تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة سنة ١٩٠٧ كما ألغت كل نص يخالف أحكام القانون ١٠٠ لسنة ٢٠٠٠ - كما نصت المادة الأولى والمادة الثانية من هذا القانون الأخير على تنظيم لبعض أوضاع التقاضى وإجراءاته فى مسائل الأحوال الشخصية، علي أن يطبق فيما لم يرد فيه نص فى هذا القانون أحكام قانون المرافعات وقانون الاثبات وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات (مادة أولى).

ويضع النص السابق شروط تطبيق الشرائع الخاصة بغير المسلمين فيما ينشأ بينهم من منازعات حول أحوالهم الشخصية.

وقبل التعرض للشروط الواردة فى النص السابق يتعين أن نعرض لتحديد بعض المسائل الأولية التى يظهرها وهى مسائل ثلاث:

١ - بيان المذاهب والطوائف الدينية فى مصر.

٢ - تحديد الطوائف الدينية التى كان لها قضاء منظم عند صدور قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

٣ - المقصود بلفظ «شريعتهم» الوارد فى نص المادة السادسة.

الفصل الأول
بيان المذاهب والطوائف الدينية
فى مصر

تحديد مبدئى:

٢٢- استبعاد الشرائع الخاصة غير المعترف بها، وقصر الاعتراف على الشرائع السماوية:

يقتضى التعرض لمشكلة تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين أن يتوافر شرط مبدئى وهو أن يكون غير المسلم من معتنقى دين سماوى. والأديان السماوية هى المسيحية واليهودية، وبالتالى فإن أى نزاع يثار بالنسبة لمن لا يدين بدين سماوى لابد أن تحكمه الشريعة الإسلامية بوصفها صاحبة الولاية العامة.

فالبوذية والهندوكية والديانات الفرعونية والبهائية وغيرها من الأديان غير السماوية لا اعتراف بها، ولا مكان للتمسك بتطبيقها فى مصر.

وينطلق التحديد السابق من رحاب مفهوم الشريعة الإسلامية، فهذه الشريعة لا تقر الالحاد، كما أنها، فى مصر، تمثل دين الدولة الرسمى، وبالتالى فإن الدولة لا تقف من هذا الأمر موقف الحياد بل تتخذ فى بعض المسائل، ومنها المسألة التى نعرض لها، خطاً قانونياً واضحاً.

ولا يتعارض القيد السابق مع مبدأ حرية العقيدة، الذى يقره الدستور وتقره الشريعة الإسلامية ذاتها، ذلك أن حرية العقيدة لا تصل فى مفهوم الدولة المصرية - وقد اتخذت الإسلام ديناً لها - إلى حد التسليم بحرية الالحاد.

وقد قضى فى مصر، اتفاقا مع الفكرة السابقة، بأن «لكل إنسان الحق فى حرية العقيدة والاعتقاد ذلك لأنه ليس لإنسان أن يتدخل فى عقله وتفكيره، على أن الحس والعقل والوعى والبديهة جميعاً تستقيم على الايمان بالذات الالهية وأن هذا الايمان الرشيد هو خير تفسير لسر الخليقة يفعله المؤمن ويدين به المفكر ويتطلبه العقل السليم، والايمان بالله يقتضى الانتساب إلى دين من الأديان السماوية وهى الإسلام والمسيحية واليهودية، فإذا أبيح للإنسان أن يكفر بالله عقلا وعقيدة فإن هذا الكفر ليس له، ولا يمكن أن يكون له أو أن تجعل له الدولة مظاهر خارجية أو تسمح بإعلانه وإنشاء معابد للملحدين لأنه مما يمس الوعي السليم والنظام العام».

«وترتيباً على ذلك لا يمكن القول بأن انحراف المدعية إلى غير دين أو عقيدة أو ملة أو ديانة لها أصول ولها شرائع، ولا يمكن القول بأن ملتها قد اختلفت مع ملة زوجها الكاثوليكى أو ديانتها أصبحت غير ديانته إلا إذا اتجهت إلى ديانة من الأديان السماوية واعتنقتها» (محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٣/٥/١٩٥٨).

وكانت المدعية فى القضية السابقة قد اعتنقت الديانة الفرعونية، ثم طلبت تطليقها من زوجها الكاثوليكى:

٢٣- تحديد: الدين، الملة، والطائفة:

الديـــن:

هو عقدية أساسية تدور على مجموعة من الأصول والأحكام الصادرة عن الله، والتى ترشد الناس إلى الايمان بالله وطاعته.

أما الملـــة:

فهي فرع من العقيدة الأساسية، فهى مذهب في فهم الدين قد تختص به جماعة من المؤمنين وتختلف به عن فهم جماعة أخرى. وأوضح مثل للملة هو انقسام المسيحية إلى ملل ثلاث هي: الأرثوذكس والكاثوليك والبروتستانت.

والمعنى السابق للملة هو المقصود كمصطلح فى معالجة مشكلات الأحوال الشخصية. ذلك أن كلمة «ملة» قد تستخدم فى معنى مرادف لكلمة «دين» كأن يقال «الملة المسيحية» مثلا.

أما الطائفة:

فهى أخص من التعبير السابق، فهى لا تتعلق باختلاف مذهبى بل يقتصر أمرها على التعبير عن جماعة من الناس يربطهم عرق أو لغة أو عرف وعادات.

ولذلك فإن الخلاف الطائفى لا يمس فى الأصل المسائل العقائدية والمذهبية، فالمنتمون إلى مذهب أو ملة واحدة قد ينقسمون إلى طوائف بحسب أصلهم المشترك، فالأرثوذكسية مثلا مذهب محدد، ومع ذلك يتفرق أتباعه بين طوائف متعددة كطائفة الأقباط، أو الأرمن، أو طائفة الروم، أو طائفة السريان.

المذاهب والطوائف المسيحية[1]:

١ - ظهور المذهب الأثوذكسى والمذهب الكاثوليكى:

٢٤- كان المسيحية عند نشأتها، كغيرها من الأديان، مذهباً واحداً، ومع

ومابعدها.

التطور بدأت الانقسامات تدب بين أنصارها فانقسم كثير منهم بين مذاهب متعددة، ومن المذاهب التى صمدت مع الزمن ومازالت، مذاهبها الثلاث: المذهب الكاثوليكى والمذهب الأرثوذكسى والمذهب البروتستانتى.

وقد بدأ الخلاف بين أتباع المسيحية، إبان القرن الخامس، حول مشكلة هامة وحساسة هى مشكلة طبيعة السيد المسيح، فقد كان الأمر مستقراً حتى ذلك الوقت على أن للسيد المسيح طبيعة مزدوجة: الهية وبشرية. غير أن أسقفاً من أساقفة جنوب تركيا يدعى يعقوب البرادعى قد بدأ فى النصف الأول من القرن الخامس فى الدعوة إلى أن للمسيح طبيعة واحدة فقط هى الالهية، وأنكر مذهب الطبيعة المزدوجة.

وقد نشأ على أثر هذه الدعوة خلاف مثير وحاد بين المسيحيين، فانقسموا إلى فريقين: فريق يؤمن بالطبيعة المزدوجة للسيد المسيح ويضم أساساً أهل الغرب (الروم واللاتين) خاصة فى ايطاليا، وفريق يؤمن بالمذهب الجديد أى مذهب الطبيعة الواحدة، ويضم أساساً أهل الشرق (الأرمن والسريان) وقد تزعمت هذا الاتجاه الثانى كنيسة الاسكندرية، فى حين تزعمت الاتجاه الأول كل من كنيستى روما (غرب) والقسطنطينية (شرق).

وفى سنة ٤٥١م عقد مجمع كنسى (مجمع خلقيدونة) ناقش الأمر وأصدر قراراً بعزل بطريرك كنيسة الاسكندرية كما أعلن التمسك بالطبيعة المزدوجة للسيد المسيح.

غير أن كنيسة الاسكندرية رفضت الخضوع لقرار المجمع المذكور وأعلنت تمسكها بالطبيعة الواحدة (الالهية) للسيد المسيح، وأتبعت اعلانها بإعلان الانفصال والاستقلال إدارياً ومالياً. وقامت كل من الكنائس المتنازعة بتوجيه الاتهامات إلى الكنيسة الأخرى فى عقيدتها الدينية.

وقد اتخذت كنيسة الاسكندرية اسم الكنيسة القبطية الأرثوذكسية، وكلمة «أرثوذكس» تعنى مذهب الرأى المستقيم، وكان هذا هو الانشقاق الأول بين المسيحيين.

الانشقاق الثانى: بين كنائس الطبيعة المزدوجة (روما والقسطنطينية):

٢٥- دب الخلاف بين كنيسة القسطنطينية وكنيسة روما، رغم ايمانهما بالطبيعة المزدوجة للسيد المسيح. غير أن الخلاف بين هاتين الكنيستين إنما يعود إلى أسباب سياسية، فلقد كانت الزعامة الأولى بينهما معقودة لكنيسة روما، فى حين احتلت كنيسة القسطنطينية المرتبة الثانية، وتأثراً بالخلاف حول الزعامة الدينية بدأت كل من الكنيستين تتهم الأخرى بالحيدة عن المذهب السليم دينياً، أى أن الخلاف تحول إلى خلاف دينى، وقد اقترن ذلك بطلب أسقف القسطنطينية أن تكون له الرئاسة العليا للمسيحية فى العالم. وقد عارضت كنيسة روما هذا الطلب معارضة شديدة، وانتهى أمر الخلاف بإعلان الانفصال بين الكنيستين عام ١٠٥٤ ميلادية.

وفى أعقاب ذلك بدأ اسم الكنيسة الأرثوذكسية يستقر للكنيسة الشرقية (القسطنطينية) فى حين استقر للكنيسة الغربية (روما) اسم الكنيسة الكاثوليكية.

وبذلك انتهى الأمر مرحلياً إلى وجود اسمين مختلفين:

-الارثوذكسية، وتطلق على كنيستى الشرق (الاسكندرية والقسطنطينية) رغم أن احداهما تؤمن بالطبيعة الواحدة والأخرى تؤمن

(١) ـلـ يكون أهل الشرق عموماً تحت لواء الكنائس المسماة بالأرثوذكسية، راجع: أحمد

بالطبيعة المزدوجة[1].

- الكاثوليكية وانفردت بها كنيسة الغرب فى روما.

٣ - ظهور المذهب البروتستانتى:

٢٦- وهو مذهب جديد ظهر فى القرن السادس عشر حيث نادى به رجل دين ألمانى هو «مارتن لوثر». ويقوم هذا المذهب، الذى اتخذ اسم المذهب البروتستانتى، على انكار سلطة الرئاسة الدينية التى كانت الكنيسة تتمتع بها، فرجال الدين ما هم إلا أفراد كغيرهم، ولا يملكون منح الغفران لأحد. ومن ناحية ثانية نادى المذهب البروتستانتى بأن الانجيل هو المصدر الوحيد للمسيحية ومن حق كل مؤمن أن يتولى مهمة تفسيره لنفسه بنفسه، وأن يناقشه مع غيره، وقد ترتب على فتح باب التفسير أن تعددت فرق البروتستانت. ومع ذلك ففى مصر يعتبرون من وجهة نظر القانون المصرى طائفة واحدة، هى طائفة الانجيليين.

الطوائف المتعددة للمسيحيين المصريين:

يضم كل مذهب من المذاهب المسيحية طوائف متعددة فيما يلى بيانها:

المذهب الأرثوذكسى: ويضم:

١ - طائفة الأقبـــــاط وهم المصريون[2].

سلامة، السابق، رقم ٣٢ ومابعدها....

(٢) وتمثل هذه الطائفة الأغلبية الساحقة من المصريين المسيحيين وتنظم أحوالهم الشخصية لائحة أقرها المجلس الملى العام سنة ١٩٣٨، وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن هذه اللائحة هى الواجبة التطبيق دون غيرها على طائفة الأقباط الأرثوذكس، وأنه لا وجه بالتالى للتحدى بمشروع لائحة عام ١٩٥٥ ولم تعتمد من المجلس الملى العام: نقض ١٩٧٣/٦/٦ - طعن ٤٢ س ٤٢ ق.

٢ - طائفة الـــروم، وهم من أصل أوربى.

٣ - طائفة الأرمـن، وهم من أصل أرمنى.

٤ - طائفة السريان، وهم من أصل سورى.

المذهب الكاثوليكى: ويضم:

١ - الأقباط.

٢ - الـــروم.

٣ - الموارنة (من أصل لبنانــى).

٤ - اللاتين (من أصل أوربـــى).

٥ - الأرمـــن.

٦ - السريان.

٧ - الكلدان (من أصل عراقى).

المذهب البروتستانتى:

ويضم فى مصر أنصاره الذين اعتبروا طائفة واحدة تسمى طائفة الانجيليين كما سبق الاشارة.

الفصل الثانى
تحديد الطوائف التى كان لها
قضاء منظم سنة ١٩٥٥

٢٧- كانت المادة السادسة من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والسالف ذكرها، على تطبيق الشريعة الخاصة بالمصريين غير المسلمين بشرط أن تكون لهم جهات قضائية ملية وقت صدور هذا القانون. وقد حلت محل هذه المادة الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بعد إلغاء القانون ٤٦٢ وبذات الحكم.

وبذلك يكون المشرع المصرى قد فرض قيداً مبدئياً على تطبيق الشرائع الخاصة (شريعتهم)، باشتراط أن يكون للطائفة قضاء ملى منظم قائم وقت صدور القانون. وبالتالى فإن الطوائف التى لم يكن لها مثل هذا القضاء لن تتوصل إلى التمسك بشريعتها الخاصة وستخضع فى أحوالها الشخصية للشريعة الإسلامية.

ويجب أن نلاحظ اعتباراً هاماً، يسبق المسألة التى نعرض لها، فى هذا المقام، وهو اعتبار أن تكون الطائفة ذاتها معترف بها، أى أن يكون قد صدر فى شأنها اعتراف رسمى من الحكومة المصرية سواء بطريق مباشر، أو بطريق غير مباشر (كصدور أى إجراء أو قرار من الدولة يفيد السماح للطائفة بأن تزاول نشاطها مثل تعيين رئيس لها) وتعود الحكمة من هذا الشرط المبدئى إلى عدم السماح لأى مدع بأن يجمع من حوله نفراً من الناس «ويتخذ لهم نظاماً خاصاً للزواج والطلاق وما يتبعها من العلاقات العائلية وأن ينصب نفسه قاضياً ويتمتع بولاية الحكم عليهم فى كل أحوالهم الشخصية».

وإذا تجاوزنا هذه النقطة الأولى تعين تحديد المقصود «بالجهة القضائية الملية» . وأول ما قد يتبادر إلى الذهن من صياغة نص المادة السادسة من قانون سنة ١٩٥٥، ومن بعده - حالياً - المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، هو حصر الجهة القضائية فى قضاء المذاهب الرئيسية، كالمذهب الأرثوذكسى والمذهب الكاثوليكى والمذهب البروتستانتى، وبالتالى لا يكون هناك مجال للبحث فى فكرة القضاء الطائفى.

والحقيقة أن مقصد المشرع هو فى اقرار الوضع الذى كان قائماً عند سريان قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (٣١ ديسمبر ١٩٥٥) وقد كان هذا الوضع يتمثل فى وجود محاكم للطوائف المتعددة التى تندرج تحت لواء كل مذهب من المذاهب الدينية.

ويؤكد هذا المعنى أن التمسك بحرفية تعبير القضاء الملى (أى المذهبى) كان يؤدى إلى تخلف شرط من شروط تطبيق الشريعة الخاصة بالنسبة لأغلبية الطوائف حيث لم يكن هناك قضاء ملى منظم سنة ١٩٥٥ إلا بالنسبة للمذهب الانجيلى عند المسيحيين، ومذهب القرائين عند اليهود.

لذلك استقر الفقه والقضاء على أن المقصود هو القضاء الطائفى وليس القضاء الملى.

تبقى بعد هذا الايضاح تحديد الجهات القضائية التى كانت قائمة ومنظمة عند صدور قانون سنة ١٩٥٥. ولا شك أن الوصف القانونى السابق ينطبق على الطوائف التى صدر بتنظيم مجالسها القضائية مرسوم أو أمر من السلطات المختصة. وهو ما حدث بالنسبة لمجلس الأقباط الأرثوذكس حيث صدر فى شأنه الأمر العالى فى ٤ مايو سنة ١٨٨٣ ومجلس الانجيليين الوطنيين وفقاً للأمر

العالى فى أول مارس ١٩٠٢ ثم مجلس طائفة الأرمن الكاثوليك وفقاً للأمر رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥.

٢٨- أما الطوائف الأخرى، فى أغلبها، فقد تقدمت بلوائحها النظامية إلى سلطات الدولة ولكن الدولة لم تعتمدها. ومع ذلك فقد جرت الحكومة على معاملة هذه الطوائف ذات معاملة الطوائف التى لها نظام قانونى معترف به، إذ أنها أقرت عملا الأحكام القضائية الصادرة عن مجالسها واعتمدت تنفيذها بين الطوائف المسيحية: الأقباط الكاثوليك، الروم الكاثوليك، الكلدان الكاثوليك، السـريان الكاثوليك، المورانة الكاثوليك، الروم الأرثوذكس، ومن الطائف اليهودية: الربانيون، سفاراديم، واشتكينازيم وقرا مون.

وفى سنة ١٩١٥ وبعد أن استقلت مصر عن تركيا صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ حيث نص فى مادته الأولى على أن «السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن في الديار المصرية تستمر - إلى حين الاقرار على أمر آخر - على التمتع بما كان لها من الحقوق قبل زوال السيادة العثمانية، وذلك مع عدم الاخلال بأى تدبير من التدابير التى تتخذها السلطة بسبب الأحكام العرفية. وعلى ذلك فإن السلطات القضائية المذكورة، هى والهيئات التى بواسطتها تمارس تلك السلطات، يكون مخولا لها بصفة مؤقتة جميع الاختصاصات والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والفرمانات والبراءات العثمانية.

٢٩- غير أن هذه التطورات السابقة ألقت قدراً من الغموض حول الاعتراف بمجال الطوائف التى لم تعتمد نظمها الخاصة من جانب الدولة، وقد أثار ذلك كثيراً من المنازعات بين أبناء الطوائف المختلفة، فسنحت الفرصة

(١) . [illegible] فى الفهرس العشرى الثالث لأحكام المحاكم [illegible] ١٦ [illegible]

للقضاء أن يقول كلمته فى عديد من أحكامه: فقد قضت محكمة استئناف مصر فى ١٩٢٠/٢/١٢ بأنه «وإن كانت قد صدرت أوامر عالية تقضى بإنشاء مجالس مختصة بنظر مسائل الأحوال الشخصية لبعض الطوائف غير الإسلامية بمصر، غير أنه لا يستفاد من ذلك حرمان بطركخانات الطوائف الأخرى (كبطركخانات الأرمن الأثوذكس مثلا) من حق نظر تلك المسائل، فإن الخط الهمايونى الصادر سنة ١٨٥٦ والوثائق الرسمية الأخرى الخاصة بذلك قد خولت تلك البطركخانات جميع الحقوق اللازمة فى هذا الشأن»[١].

وقد قضت محكمة مصر الابتدائية فى ذات المعنى فى ١٩٤١/٢/٢ «أن القول بأن اختصاص السلطة القضائية الاستثنائية للأحوال الشخصية محدد ومعين بما ورد فى الفرمانات وقد أصبحت هذه السلطات الاستثنائية فى مصر قاصرة على ثلاث جهات صدرت بها الأوامر العالية - أما مجالس الطوائف الأخرى (ومنها طائفة الأرمن الأرثوذكس) فلم تصدر قوانين تعترف بنظام مجالسها - ان هذا القول غير صحيح على اطلاقه، فإن الفرمانات هى إحدى مصادر البحث، فإن من الأصول الكلية للتشريع أصل قد أجمعت عليه القوانين المختلفة واتفق عليه علماء القانون الدولى واستقرت عليه ضمائر الناس، ذلك الأصل حكمه أن كل فرد من حقه أن يحتفظ فيما يتعلق بأحواله الشخصية بقانونه الخاص. وتفريعاً لما تقدم لا يكون من فرق بين الطوائف التى نظمتها الحكومة بقوانين وبين سائر الطوائف الأخرى فإن مجالسها الملية تختص بالفصل فى قضايا الأحوال الشخصية الخاصة بملتهم»[٢].

---

(٢) منشور فى المحاماة س ٢٢ ص ٧٦٦، رقم ٢٤٧.

(١) نقض ١٩٥٤/٥/٢١ مجموعة القواعد القانونية، جزء أول، ص ١٥٨ رقم ١٤٧ وراجع فى

٣٠- وقد أيدت هذا التفسير السابق محكمة النقض في العديد من أحكامها. «من حيث أن ما ذهبت إليه المدعية من أن المجلس الملى للروم الكاثوليك غير مختص بالفصل فيما قام بينها وبين الطالب من نزاع تأسيساً على أنه لم يصدر بشأنه تشريع خاص.. ولما كانت طائفة الروم هي من الطوائف التى كان معترفاً لمجلسها الملى بالفصل فى المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية التى تقوم بين أبناء هذه الطوائف، وكان القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ قد نوه فى المادة الأولى منه على استمرار السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن في الديار المصرية.. وكان من مقتضى ذلك أن السلطات القضائية المذكورة هى والهيئات التى تمارس تلك السلطات أعمالها يكون مخولا لها بصفة مؤقتة جميع الاختصاص والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والفرمانات والبراءات العثمانية، فإن المجلس الملى لطائفة الروم الكاثوليك أصبح يستمد ولايته من القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ ولا محل للجدل فى أصل مشروعية ولايته التى كان يمارسها قبل صدور هذا القانون»[1].

وبـ[1] يكون القضاء قد اعترف منذ وقت مبكر بالولاية القضائية لمجالس بعض الطوائف بغض النظر عن صدور قوانين خاصة منظمة لها.

٢٠/٣/١٩٦٩ مجموعة الأحكام، س ٢٠، ع١، ص ٤٦١.

الفصل الثالث

المقصود بالشريعة الخاصة

٣١- أحالت المادة السادسة من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ثم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ على الشريعة الخاصة (شريعتهم) لكى تطبق على منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين إذا توافرت الشروط الواردة فى الفقرة الثانية من المادة المذكورة ولم يصطدم حكم الشريعة الخاصة مع النظام العام.

وكان قد ثار خلاف حول المقصود بالشريعة الخاصة، ونطاق مصادرها، بمناسبة البحث حول تحديد أسباب التطليق عند المسيحيين، خاصة عند طائفة الأقباط الأرثوذكس. وقد انقسمت الآراء إلى فريقين: الفريق الأول يرى حصر مصدر الشريعة المسيحية فى الكتاب المقدس فقط دون غيره من المصادر «المزعومة»، ويذهب الفريق الثانى إلى تعدد مصادر الديانة المسيحية. والذين يحصرون الشريعة المسيحية فى الكتاب المقدس لا يرون تجويز الطلاق إلا لعلة الزنا كما جاء فى الانجيل، ولا عبرة بما جاء فى غير هذا الكتاب المقدس من أسباب للتطليق حيث لا اعتراف بها كمصادر للشريعة المسيحية. وعلى العكس يذهب الفريق الثانى الذى يتوسع فى أسباب التطليق إلى الاعتماد على مصادر أخرى تضاف إلى الكتاب المقدس.

الرأى الأول:

٣٢- وهو مذهب من يرى فى الكتاب المقدس مصدراً وحيداً للشريعة المسيحية وبالتالى لا طلاق إلا لعلة الزنا. فقد جاء على لسان السيد المسيح

عليه السلام «وقيل من طلق امرأته فليعطها كتاب طلاق، وأما أنا فأقول لكم أن من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى، ومن يتزوج بمطلقة فإنه يزنى».

يضاف إلى ذلك ويؤكده ما جاء فى رسالة بولس الرسول «أما المتزوجين فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة رجلها وإن توفى فلتلبث غير متزوجة ولتصالح زوجها ولا يترك الرجل امرأته».

وقد أبدت بعض المحاكم هذا الرأى، فقد قضت محكمة قنا الابتدائية فى ١٩٥٦/٢/٢١[(١)]:

«ومن حيث أن المبادئ الأولية المقررة فى كافة شرائع العالم أنه لا اجتهاد مع صريح النص، وبالرجوع إلى أحكام الانجيل، وهو دستور المسيحيين فى محكم دينهم، نجد أن السيد المسيح قالها كلمة صريحة أنه لا طلاق إلا لعلة الزنا، فليس يقبل بعد ذلك ممن سموا أنفسهم مفسرين لأحكام الانجيل أن يخرجوا بالنص عن مدلوله بحجة تفسيره على النحو الذى يريدونه.

ومن حيث أنه من العجب، بل البالغ فى العجب، أن بعض القوامين على الدين من رجال الكنيسة وأعضاء المجلس الملى العام قد سايروا التطور الزمنى فاستجابوا لرغبات ضعيفى الإيمان فأباحوا الطلاق على النحو الوارد فى قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس، الذى أصدره المجلس الملى العام، وصدق عليه المجمع المقدس، فأباح الطلاق، ولأسباب أخرى غير علة الزنا لا سند لها من الانجيل وإنما استمدت من أحكام القانون الرومانى وقت أن اعتنقت الدولة الرومانية المسيحية فأبقت على بعض شرائعها، وكذلك نذلت عنه الحكومة

---

(١) المحاماة س ٣٧، ص ١٩٩، رقم ١٠.

الفرنسية بوصفها حكومة مدنية وزواجها مدنى، فطبقتها المحاكم الملية الملغاة ردحاً من الزمن متناسية أنه يناط بها تطبيق أحكام الانجيل الصريحة فحسب دون التشريع، كما أن أحكام الانجيل تحرم الطلاق وهى أحكام منزلة وضعت لمختلف الأجيال فلا يصيبها البلى ولا القدم حتي لا يسوغ القول بأن تطبيقها يجافى مدنية هذا العصر، مما يتعين معه عدم الاعتداد بما أشار إليه رجال الدين فى فتاويهم ومجالسهم الدينية والقضائية على رغم أنها صارت عرفاً مستقراً استمد قوته من تطبيقه زمناً طويلاً، وذلك لأن الحكومة أرادت وضع حد لما جرت عليه أحكام المجالس الملية من قضاء مخالف لشريعتهم الذى يبين بجلاء رغبة المشرع الصريحة فى عدم التعويل على فتاوى وأحكام المجالس الملية.

«وحيث أنه لا مساغ للجدل في أن ما ذهب إليه مشروع قانون الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس من آراء ومبررات، فيما خلا اجازة الطلاق لعلة الزنا، لا يمت بصلة إلى أحكام الانجيل وهو سند الأقباط الوحيد فى تنظيم أحكام رابطة الزوجية المقدسة».

«وحيث أنه متى كان كذلك، فإن المحكمة لا تستطيع وقد نيط بها تطبيق أحكام الشريعة المسيحية مسايرة المدعية فيما تطلبه من طلاق تستند فيه إلى الاعسار وهو سبب لا يمت إلى علة الزنا بصلة من أى نوع كانت، فضلا عن أن الاعسار أمر طارئ قد يزول فى أى وقت بزوال سببه. أما رابطة الزوجية فإنها إذا انقضت يستحيل عقدها ولا يمكن أن يعلق حلها على ظرف طارئ».

٣٣- وقد قضت فى ذات المعنى محكمة المنصورة الابتدائية فى ٢٠/٤/١٩٥٦[١]، وكذلك حكم لمحكمة استئناف الاسكندرية فى

(١) أشار إليه صالح حنفى، المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية، سنة ١٩٥٦، ص ٢٠٠.

١٩٥٦/٥/٢١[1] حيث جاء فى هذا الحكم الأخير أن «أحكام الشريعة المسيحية هى الأحكام الواجب تطبيقها عملا بالمادة السادسة من قانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، وهذه الأحكام مدونة في الانجيل المقدس وقد حرم فيها الطلاق تحريماً تاماً ولم يجزه إلا لعلة الزنا، وأشار إلى رابطة الزوجية بقوله «إن الزوجين يكونان جسداً واحداً إذ ليسا بعد اثنين بل جسد واحد فالذى جمعه الله لا يفرقه إنسان، ومن طلق امرأته وتزوج بأخرى يزنى بها وإن طلقت أمرأة وتزوجت بآخر تزنى»[2].

الرأى الثانى[3]:

٣٤ - ويذهب، على عكس الرأى السابق، إلى أن المصادر الخاصة بالشريعة المسيحية متعددة ولا تقتصر على الكتاب المقدس بل تضم إلى جانبه ما أقره رجال الدين فى فتاويهم ومجالسهم الدينية والقضائية والشروح الواردة فى كتب

---

(١) صالح حنفى، السابق، ص ٢٨٨.

(٢) راجع أيضاً محكمة استئناف أسيوط فى ١٩٥٨/٥/٤ المحاماة س ٢٩، ص ١٥ حيث قضت بأن السبب الوحيد للتطليق فى الشريعة المسيحية هو علة الزنا وما قرره بعض المجتهدين من اباحة التطليق لأسباب أخرى كالنفور المستحكم أو الفرقة الدائمة لا يتفق مع صريح نص الشريعة السماوية التى لا تبيح الطلاق إلا لعلة الزنا، والأصل أنه لا يرجع لقواعد العدالة أو العرف إلا عند عدم وجود نص.

(٣) راجع: أحمد سلامة، السابق، رقم ٧٥، توفيق فرج، احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٦٩، رقم ٢٣، مصطفى الجمال: قانون الأسرة لغير المسلمين، بيروت ١٩٩٦، رقم ٣٨، رمضان أبوالسعود، الوسيط في شرح أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٨٦، ص١٥١ ومابعدها، عصام أنور سليم، أصول الأحوال الشخصية، ٢٠٠٦، ص ١٣٢ ومابعدها.

رجال الدين، فكثير من الأحكام التى جاءت فى هذه المصادر العديدة استقرت زمناً من الدهر بحيث صارت عرفاً يتعين الالتزام به ولا يجوز اهدار قيمته القانونية.

وقد فند أنصار هذا الرأى الثانى الحجج التى استند إليها الرأى الأول والتى ترددت فى أحكام المحاكم التى أيدته والسابق عرضها ، وفيما يلى حجج الرأى الثانى بصفة مجملة:

١ - أن المشرع فى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ حيث أحال على الشريعة الخاصة فى المادة السادسة إنما قصد الاحالة إلى كافة الأحكام الدينية سواء ما ورد فى الكتب السماوية أو ما استقر عليه القضاء الملى أو شرح رجال الدين لأن كل هذه المصادر إنما تدخل فى مدلول كلمة شريعتهم بالمعنى الواسع.

يؤكد هذا المعنى أن هذا النص - فى احالته إلى الشريعة الخاصة - إنما يبقى على الوضع القائم قبل صدور قانون سنة ١٩٥٥، وهذا الوضع كان يقرر التعدد القائم فى مصادر الشريعة المسيحية. ومصداقاً لهذه الملاحظة كانت المادة ١٦ من تقنين الروم الأرثوذكس تنص على أن تحكم محاكم الكرسى البطريركى الكنسى طبقاً للنصوص الواردة، وكذا حسب العرف الجارى بطبيعته من مدة طويلة وبصفة مستمرة وواحدة، وطبقاً للقرارات البطريركية التى يصدرها المجمع المقدس، وطبقاً لجميع الأحكام الكنسية الأخرى».

كما أن المذكرة التفسيرية لقانون توحيد جهات القضاء لسنة ١٩٥٥ قد أشارت إلى أن القواعد الموضوعية التى كانت المجالس الملية تطبقها غير معروفة ومبعثرة فى مظلتها بين متون الكتب السماوية وشرح وتأويلات

المجتهدين من رجال الدين والكهنوت. وهو ما يدل على اقرار المشرع ضمناً لتعدد مصادر الديانة المسيحية. وبذلك يكون المشرع حين ألغى القضاء الشرعى والمجالس الملية قد اكتفى بهذه الخطوة تاركاً الوضع فى شأن القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق كل وشريعته الدينية «حتى لا يكون هناك أى اخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين، وفى تطبيق شريعة كل منهم»[1].

٢ - أن تحديد مدلول كلمة «شريعتهم» بأنها تعنى الاحالة إلى الكتاب المقدس فقط إنما هو تخصيص بغير مخصص، وكأن أنصار الرأى الأول قد استبدلوا بلفظ «شريعتهم» لفظ كتبهم المقدسة، وهو أمر لا سند له فى أصول التفسير. فالتعبير الأول الوارد في نص المادة السادسة من قانون سنة ١٩٥٥ «شريعتهم» هو أوسع مدلولا من نطاق الكتاب المقدس. ولو أراد المشرع أن يخصص لما كان هناك ما يمنعه من الإحالة إلى الكتاب المقدس صراحة ومنعاً لكل لبس أو إبهام.

ولا شك أن مصادر أية شريعة إنما تتعدى الكتب السماوية لتشمل ما يصاحبها من شروح وتفسيرات وعرف وأحكام قضاء. فمصادر «الشريعة الإسلامية» مثلا تشمل القرآن والسنة والاجماع... الخ، وكذلك الحال بالنسبة لأية شريعة دينية أخرى لا يجوز أن يقتصر أمر مصادرها على كتابها المقدس فقط.

٣ - أن حصر القواعد الموضوعية فى نطاق الكتاب المقدس «الانجيل»

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

يؤدى إلى أمر بالغ الصعوبة من الناحية العملية، ولا يتصور أن يكون المشرع قد قصد إلى ذلك. فالكتاب المقدس لم يتضمن إلا القليل من الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وقد جاء فى الانجيل ذاته اقرار بهذه الحقيقة «وآيات أخرى كثيرة صنع يسوع قدام تلاميذه لم تكتب فى هذا الكتاب» (أشياء أخر كثيرة صنع يسوع ان كتبت واحدة واحدة فلست أظن أن العالم نفسه يسع الكتب المكتوبة). فالانجيل لم يتضمن إذن كل شئ بل ترك كثيراً من الأشياء ولم يتعرض لها. والحقيقة أن المسيحية جاءت فى وقت كانت فيه الشريعة اليهودية والقانون الرومانى يعنيان بما غلب من المسائل الدنيوية فى علاقات الأفراد، لذلك جاءت المسيحية لتركز على الجانب المثالى فى تطويع نفوس الأفراد وفقاً لمجموعة من المثل العليا والروحانية بعيداً عن عالم المادة بقدر الامكان. ولا أدل على ذلك مما جاء فى الانجيل على لسان السيد المسيح «ولا تظنوا أنى جئت لأنقض الناموس أو الأنبياء ما جئت لأنقض بل لأكمل». وفى موضع آخر يقول السيد المسيح «يا إنسان من أقامني عليكما قاضياً أو مقسماً» وهو اتجاه واضح فى معنى عدم الاهتمام بالشئون الدنيوية المتصلة بالعلاقات المادية بين الأفراد.

لكل ذلك فإن حصر الشريعة فى الكتاب المقدس هو أمر خطر، وغير مناسب عملا، فضلا عن خطئه من ناحية التفسير العلمى السليم.

٤ - ان الاقتصار على الكتاب المقدس هو تفسير يحتوى على قدر من التناقض مع حقائق تطور مشكلات الأحوال الشخصية لغير المسلمين فى مصر. فالكتاب المقدس بالنسبة للمسيحيين هو الانجيل، وبالنسبة لليهود هو التوراة. وفى الحالتين فإن الكتاب واحد بالنسبة لكافة المسيحيين أو اليهود على اختلاف مللهم وطوائفهم. ولو أن الأمر هو أمر الاحتكام إلى الكتاب المقدس

فحسب لما كانت هناك مشكلة ولا كان هناك معنى لوجود الملل والطوائف إنما هو ظاهرة لازمتها اختلافات كثيرة فى الأحكام القانونية الواجبة التطبيق فيما بين أبناء المذاهب والطوائف المختلفة. فعند المسيحيين يحظر الطلاق إلا للزنا عند بعض الطوائف، ويتاح لغير الزنا من أسباب تضيق أو تتسع عند الطوائف الأخرى. فكيف يمكن تجاوز هذا الواقع الاجتماعى والقانونى تحت مظلة الكتاب المقدس ومظنة أنه، عند المسيحيين، لا يجوز الطلاق إلا لعلة الزنا؟

٥ - إن ما نسب إلى السيد المسيح من أنه «لا طلاق إلا لعلة الزنا» يجب أن يوضع فى موضعه الصحيح من عدة نواح:

- **فمن ناحية أولى** لا يجوز أن تفسر أقوال السيد المسيح كما تفسر النصوص القانونية العادية بحيث يقال أن لا اجتهاد مع صراحة النص، بل يجب أن ينظر إليها على أنها أقوال نبى ينطق بالمثاليات ويدعو الناس إلى أرقى درجات الكمال وبالتالى فإن تعبير السيد المسيح هو توجيه قديس وليس قاعدة ملزمة قصد بها التشريع.

- **ومن ناحية ثانية** فإن التعبير المشار إليه يمكن تفسيره على أنه لا يمنع الطلاق منعاً مطلقاً بل انه يقصد فحسب تجويز الزواج للمرة الثانية فى حالة الطلاق لعلة الزنا، أما إذا تم الطلاق فى غير حالة الزنا فهنا لا يجوز الزواج ثانية وإلا عد المتزوج زانياً. وقد يستند هذا التفسير إلى ما جاء على لسان بولس الرسول: «أما المتزوجون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة رجلها وإن فارقته فتلبث غير متزوجة» وبالتالى فإن النص لا يقصد منع الطلاق منعاً مطلقاً.

- إن قول السيد المسيح يمكن أن يحمل على أساس أنه مجرد علاج لأوضاع اجتماعية سيئة كانت سائدة عند نزول رسالته. فقد درج الناس فى ذلك الوقت على تطليق زوجاتهم دون اعتبار لفترة العدة فى حالة الزواج الثانى، أى أن المطلقة كان فى استطاعتها أن تتزوج فوراً، وهو ما اعتبره السيد المسيح زنا، وبالتالى وجه خطابه فى هذا الشأن علاجاً لهذه الظاهرة فحسب: «ان من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزنى (أى لأنها تتزوج بغير عدة) ومن تزوج بطلقة فإنه يزنى».

٦ - أنه ليس من المناسب عملا أن نضيق من حالات التطليق بالنسبة لغير المسلمين عما كانت عليه الحال قبل إلغاء القضاء الطائفى. فاستقرار الأمر عند كثير من الطوائف على أسباب معينة للتطليق أمر مضى عليه وقت ليس بالقصير وقضت وفقاً له المجالس الملية ردحاً طويلا من الزمن. وبالتالى أصبح عرفاً مستقراً انتظمت وفقاً له الأحوال الشخصية لكثير من غير المسلمين، ولا يجوز العدول عن هذه الأحكام بغير نص صريح.

اتجاه القضاء إلى تأييد الرأى الثانى: الاعتداد بتعدد مصادر الشرائع الخاصة:

٣٥- اتجهت أحكام عدة إلى تأييد الرأى الثانى السابق عرضه، وكان من أوائل الأحكام الصادرة فى هذا المعنى حكم هام لمحكمة القاهرة الابتدائية سنة ١٩٥٦[1]:

---

(١) ١٩٥٦/١/٢٧، المجموعة الرسمية سنة ١٩٥٨ ع٧ و٨، ص ٣٣٣.

«نصت المادة السادسة من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية على أنه بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقاً لشريعتهم. ولا شك أن لفظ شريعتهم بمعناه العام يشمل ما ورد فى الكتب السماوية وما أثاره رجال الدين فى فتاويهم الروحية ومجالسهم الدينية والقضائية والتى صارت عرفاً ثابتاً استمد قوته من تطبيقه دواماً طويلاً. فليس صحيحاً أن النص الوارد بالمادة السادسة يقصر أسباب الطلاق على الزنا وأن كل قضاء يخالف ذلك يخالف الشريعة المسيحية بذريعة أن الكتاب السماوى للمسيحيين وهو الانجيل قد حرّم الطلاق إلا لعلة الزنا، إذ لا يصح اهدار كل قيمة لما درجت عليه هذه المجالس وما أفتى به رجال الدين، فتقاليدهم هذه جزء من شريعتهم التى أشارت إليها المادة السادسة سالفة الذكر، ويجب أخذها بعين الاعتبار، مسايرة للشارع المصرى فى صياغته للمادة السابقة، إذ لو أن المشرع أراد أن يقصر حالات الطلاق مثلا على التى وردت بنص صريح فى الكتب السماوية لما تردد فى صياغة المادة على نحو يشعر بهذا الالزام كأن يقول وفقاً لكتبهم السماوية. ولما كان الحال على خلاف ذلك فقد رأى المشرع أنه إن فعل لتناقض مع المنطق بمحاولة اهدار كل قيمة لآراء رجال الدين ومجالسهم التى اعتد بها هو، أى المشرع، باعترافه لأحكام تلك المجالس بقوة الأحكام وتنفيذها فلجأ إلى لفظ مرن واسع هو لفظ شريعتهم ليعبر ضمناً، بل صراحة عن مذهبه وهو الاعتداد بتلك السوابق الدينية العرفية التى استقرت وطيداً والتى قامت على مبادئ عامة من روح الكتب السماوية فكلها تحض على رفع الضرر،

وهو مبدأ يصلح أساساً لاستنباط الكثير من الحلول في كافة المسائل».

وفي ذات المعنى السابق قضت محكمة استئناف القاهرة في ٢٦/١٢/١٩٥٦[1] «... ومصادر الشريعة المسيحية هي كتابها الديني وإلى جانب ذلك الكتاب مصادر أخرى للشريعة تأخذ منه وتستند إليه وتدور في فلكه».

وقد أيدت محكمة النقض المصرية الاتجاه السابق في كثير من أحكامها:

«... وكان لفظ شريعتهم التي تصدر الأحكام طبقاً لها في مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدي الطائفة والملة الذين لهم جهات ملية منظمة – وعلى ما جرى به قضاء تلك المحكمة – هو لفظ عام لا يقتصر مدلوله على ما جاء بالكتب السماوية وحدها بل ينصرف إلى كل ما كانت تطبقه جهة القضاء الملي قبل إلغائها باعتباره حجة نافذة، إذ لم يكن في ميسور المشرع حين ألغى تلك الجهات أن يضع القواعد الواجبة التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فاكتفى بتوحيد جهات القضاء تاركاً الوضع على ما كان عليه بالنسبة للأحكام الموضوعية التي يتعين على المحاكم تطبيقها....»[2].

---

(١) القضية رقم ١٦٤ س ٧٣ قضائية.

(٢) نقض ٢١/٦/١٩٧٨ طعن رقم ٣٩ س ٤٦ ق، مراجع نقض ٢٩/٨/١٩٧٨ [illegible] مجموعة الأحكام س ٢٨ جزء أول ص ٣٠، نقض ٩/٦/١٩٨٣، مجموعة الأحكام س ٣٤ ص ٨٧، نقض ١٠/٥/١٩٨٢ مجموعة الأحكام س ٣٣ ج٢، ص ٨٤٣.

مصادر الشريعة المسيحية:

٣٦- انتهى الفقه والقضاء، على نحو ما سبق، إلى تعدد مصادر الشريعة المسيحية، بحيث لا يقتصر الأمر على الكتاب المقدس. لذلك يلزم بيان هذه المصادر المتعددة التى يستمد منها القضاء أحكامه فى الفصل فى منازعات الأحوال الشخصية ويتعين أن نشير ابتداء إلى أن الأحكام الدينية «شريعتهم» حين تتوافر شروط تطبيقها تعد مصدراً فى مسائل الأحوال الشخصية عند عدم وجود نص تشريعى، فإن وجد النص لم يكن هناك مجال للالتجاء للشريعة الخاصة.

ويمكن تقسيم مصادر الشريعة المسيحية إلى قسمين: **الأول**، يضم المصادر العامة أو المشتركة، وهى مصادر تشترك فيها كافة المذاهب والطوائف، **والثانى** يضم المصادر الخاصة بطوائف معينة:

المصادر العامة[1]:

٣٧- ١- وفى مطلعها الكتاب المقدس بعهديه، العهد القديم والعهد الجديد، **والأول** هو ما يتعلق بشريعة موسى واليهود، **والثانى** يشمل ما يتعلق بشريعة السيد المسيح، ويضم العهد القديم التوراة والأسفار التى كتبها أنبياء بنى اسرائيل الذين جاءوا بعد موسى عليه السلام (وعددها خمسة). ويضم السفر الثالث والرابع والخامس بعض الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق والخطبة وسلطة الزوج على زوجته والميراث.

---

(١) عصام أنور سليم، السابق، ص ١٥٢ وما بعدها.

أما العهد الجديد: وهو الانجيل، ككتاب مقدس، يحتوى على أربعة أناجيل هى انجيل متى وانجيل مرقص وانجيل لوقا وانجيل يوحنا، وإلى جانب هذه الأناجيل توجد رسائل الرسل وتشمل رسائل القديس بولس، والقديس يعقوب، والقديس بطرس (الأولى والثانية)، ورسائل القديس يوحنا (الأولى والثانية والثالثة) ورسائل القديس يهوذا، ورؤيا القديس يوحنا.

ويلاحظ أن العهد الجديد بمحتوياته السابقة قد ركز اهتمامه على الروحانيات ولذلك لم يتضمن تنظيماً تشريعياً لأمور الدنيا اللهم سوى بعض المبادئ المتعلقة بالزواج والطلاق نظراً لما تمثله الأسرة من أهمية اجتماعية بالغة، بالاضافة إلى أن الديانة المسيحية قد نشأت فى بيئة توافرت لها كثير من الأحكام القانونية الموروثة عن القانون الرومانى والديانة اليهودية.

٢ - كتب الرسل:

وهى مجموعة من المؤلفات التى نسبت للرسل تضمنت فى أغلبها أحكام العبادات وشئون الكنيسة وتضمنت فى القليل بعض الأحكام المتعلقة بالزواج ومن أشهرها الطيلوسات، الدسقولية، الديداخا، القواعد الكنسية، القواعد الشرعية اللاحقة، المرسوم الكنسى المصرى ..الخ[١].

---

(١) من الكتب الفقهية المشهورة فى الفقه المسيحى ما صدر عن خلفاء الرسل كتاب قوانين ابن لقلق ووضعها الأنبا كيرلس البطريرك الرابع والسبعون لكنيسة الاسكندرية. كذلك المجموع الصفوى للشيخ الصفتى ابن العسال وهو كتاب هام رغم أن مؤلفه لم يكن من رجال الدين وقد استند المؤلف إلى قوانين الرسل.

٣ - قرارات المجامع الكنسية:

وهى القرارات التى صدرت عن اجتماعات رجال الدين المسيحى فى مؤتمراتهم العامة، وهى قرارات ملزمة للكنائس التى تشترك فى هذه الاجتماعات ومن أهم المجامع الشهيرة: مجمع نيقية سنة ٣٢٥ ميلادية، مجمع القسطنطينية سنة ٣٨١ ميلادية، مجمع أفسس الأول سنة ٤٣١ ميلادية، مجمع خلقيدونة سنة ٤٥١ ميلادية.

المصادر الخاصة بالمذاهب المختلفة:

وهى مجموعة من الأحكام والكتب الفقهية عند الأرثوذكس: الأقباط المجموع الصفوى لابن العسال سنة ١٢٣٩، والخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية لكنيسة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٨٩٦.

السريان الأرثوذكس: كتاب الهدى لابن العبرى

الأرمن: كتاب الأحكام القضائية سنة ١٣٣١.

الكلدانيون: مجموعة عبد يشوع بريريخا.

المارونيون: كتاب الهدى للمطران داود المارونى.

عند الكاثوليك:

الإرادة الرسولية في نظام الزواج للكنيسة الشرقية طبع بالعربية فى بيروت سنة ١٩٤٩، وهى قواعد عامة لجميع الكاثوليك الشرقيين تكمل بما لديهم من أعراف وتقاليد، لذلك يضاف إليها ما خص بعض الطوائف من أحكام

مثل مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الكاثوليك التى أقرها المجمع المقدس والمجلس الملى العام سنة ١٩١٧ . وقانون الروم الكاثوليك سنة ١٩٣٩ المعدل سنة ١٩٥٠ . وتقنين الأرمن الكاثوليك لسنة ١٩٤٠ وكتاب الهدايات للسريان الذى طبع بالقدس سنة ١٩٢٩ .

عند البروتستانت:

تقنين سنة ١٩٠٢ الذى أقرته الحكومة المصرية والذى تضمن تنظيماً لأحكام الخطبة والزواج والطلاق والرضاعة والحضانة والنفقة... الخ.

الباب الثانى

شروط تطبيق الشرائع الخاصة

ومشكلات التطبيق

من أهم وأدق المشكلات التى قامت فى نطاق الأحوال الشخصية لغير المسلمين مشكلات توافر شروط تطبيق الشرائع الخاصة، وهى على قدر كبير من الأهمية لأن الخلاف فيها يعكس عادة خلافاً مصلحياً بين طرفى المنازعة أمام القضاء.

ومن الشروط الأساسية التى تطلبها المشرع المصرى لتطبيق الشريعة الخاصة شرط الاتحاد فى الدين والملة والطائفة. وقد أثار تطبيق هذا الشرط الجوهرى خلافاً فى الفقه وفى القضاء فى بعض مراحل تطوره، خاصة فى حالة تغيير العقيدة من جانب أحد طرفى النزاع. ومن الاتجاهات من حاول توسيع نطاق تطبيق الشريعة الخاصة، ومنها من حاول توسيع نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية. ويستند كل إلى حجج تدعم رأيه.

ونعرض فيما يلى لمحاولات الفقه (وبعض المحاكم) فى شأن المبادئ التى تحكم تطبيق الشريعة الخاصة قبل التدخل التشريعى سنة ١٩٥٥ ثم نعرض لموقف المشرع والمشكلات التى يثيرها تطبيق الحل التشريعى، فى قانون سنة ١٩٥٥ والقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

الفصل الأول

المذاهب الفقهية في شأن تغيير العقيدة

والقانون الواجب التطبيق

حاول بعض من الفقه أن يوسع من دائرة تطبيق الشريعة الخاصة بالنسبة لغير المسلمين وذلك عن طريق بعض الوسائل الفنية المؤدية - في تقدير هذا البعض - إلى هذا التوسع (قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥).

المبحث الأول

نظرية الحق المكتسب

٣٨- فقد ذهب اتجاه أول إلى القول بأن رابطة الزواج هي في حقيقتها رابطة عقدية وبالتالي لابد أن تخضع لهذا المنطق ابتداء، ومن أهم سمات هذا الخضوع إعمال قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. فإذا تزوج شخصان من غير المسلمين، وفقاً لشريعة معينة، فإن هذه الشريعة هي شريعة وقت التعاقد، إنما تنشئ لكل منهما حقوقاً مكتسبة عند نشأة الرابطة. ولا يجوز المساس بهذه الحقوق في أي وقت لاحق بسبب تغير أي منهما لعقيدته. وتطبيقاً لهذه الفكرة فإذا تزوج مسيحيان وكانا عند الزواج متحدين ديناً ومذهباً وطائفة، فإن الشريعة الواجبة التطبيق تصبح هي الشريعة الخاصة. وتستمر هذه الشريعة مختصة بحكم العلاقة مهما طرأ على ديانة أي منهما أو ملته أو طائفته من تغيير لاحق. ذلك أن السماح بتغيير القانون الواجب التطبيق إعمالاً للتغيير الطارئ في العقيدة إنما يؤدي بالضرورة إلى المساس بحقوق الطرف الآخر التي اكتسبها وقت العقد.

وبالمقابل لذلك فإذا تزوج شخصان وهما على اختلاف في الدين أو الملة أو الطائفة فإن القانون الواجب التطبيق يصبح هو الشريعة الإسلامية، وتظل الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق حتى ولو انضم أحد الزوجين إلى عقيدة الآخر في وقت لاحق، وأصبح معه فى حالة اتحاد كامل ديناً وملة وطائفة.

وعلى هذا النحو السابق فإن القاعدة التى يتعين اقرارها - وفق هذا الرأى - هى تثبيت حالة الزوجين، من حيث القانون الواجب التطبيق وفقاً لوضعهما اتحاداً أو اختلافاً، وقت ابرام عقد الزواج.

وقد أنتقد هذا الرأى - وبحق - من نواح عدة. فمن ناحية أولى، لا يجوز اعتبار الرابطة الزوجية رابطة عقدية بالمعنى المفهوم فى أحكام القانون المدنى. فالفقه الحديث يتحدث عن رابطة الزواج بوصفها نظاماً قانونياً يستقل المشرع بتنظيم أوضاعه وأحكامه متجاوزاً فى أغلب الأحوال مقتضى الحرية الفردية ليفرض أحكاماً يعتبرها وثيقة الصلة بالنظام العام الاجتماعى. والزواج خاضع لهذا المفهوم سواء فى نشأته أو فى استمراره أو فى انحلاله أو فى تنظيم كافة ما يترتب عليه من حقوق والتزامات متبادلة، سواء تعلقت تلك الحقوق والالتزامات بطرفى الزواج أو بالأبناء الناشئين عنه.

فالمقبل على الزواج لا يتوافر له قدر من الحرية التعاقدية إلا فى حدود قراره بالدخول فى الرابطة الزوجية أو العزوف عن ذلك. وفيما عدا هذه الحرية المبدئية، يبقى كل من الطرفين بعد تجاوزها، بتبدله الدخول فى الرابطة الزوجية، خاضعاً لنظام قانونى محكم تسوده فكرة النظام العام.

ومن ناحية أخرى فإن مفهوم الحرية التعاقدية، ومايرتبط بها من حقوق مكتسبة لكل من طرفى العقد قبل الآخر أصبح مفهوماً تقليدياً. ذلك أن هذا

المفهوم تعرض لتطور كبير مفاده أن إرادة المشرع أصبحت فى العصر الحديث دائمة التدخل فى النطاق التعاقدى لتزيح سلطان الإرادة عن طريقها، وتبقى بدلا منه إرادة المشرع المتحكمة، والتى تفرض باستمرار تدخلا تشريعياً يتسم فى كثير من الحالات بصفة الأوامر التى لا تقبل خروجاً إرادياً من جانب الأفراد.

وحاصل هذا القول السابق أن فكرة الحقوق المكتسبة مرفوضة فى إقحامها على النظام القانونى للزواج، فضلا عن أنها فى ذاتها لم تعد متسقة مع المنظور الحديث للسياسات التشريعية ذات الطابع التدخلى الآمر.

٣٩- وقد عرضت وجهة النظر السابقة على محكمة النقض المصرية فرفضت الأخذ بها حيث قضت فى حكم لها فى ٣ ديسمبر ١٩٣٦ (مجموعة القواعد القانونية، جزء أول ص ١١٨) بأنه لا يجوز التحدى من أحد الزوجين قبل الآخر بأن له حقاً مكتسباً فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقاً للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج الآخر مذهبه، كما قضت فى حكم لها فى ٢٢ مايو سنة ١٩٥٤ (مجموعة المكتب الفنى س ٥ ص ٦٨٨) بأنه ليس للزوجة قانوناً التحدى بحق مكتسب فى أن تطلب التطليق وفقاً لأحكام القانون الذى أبرم عقد الزواج تحت سلطانه، لأن عقد الزواج - على الرأى السائد فى فقه القانون لا يكسب أى من الزوجين - فيما يختص بالطلاق أو التطليق - حقاً مستقراً لا يتأثر بما قد يطرأ بعد ابرامه مما يكون من شأنه سريان قانون آخر فى هذا الخصوص، وقد أيد المشرع ذلك فيما قرره من قواعد لتنازع القوانين، وذلك بما قرره فى م٣ من القانون المدنى حيث تنص على أن تسرى على الطلاق

قـانون الدولة التى ينتـمى إليـهـا الزوج وقت الطلاق ويسـرى على التطليق والانفصال قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت رفع الدعوى.

المبحث الثانى

نظرية الغش نحو القانون

٤٠- ذهب رأى ثان إلى محاولة الاستعانة بمبدأ الغش نحو القانون لرد التغيير المشبوه، أى التغيير الذي لا يعكس حقيقة عقيدية، بل يستهدف فقط مجرد تغيير القانون الواجب التطبيق إضراراً بالطرف الآخر في العلاقة الزوجية.

وتعتبر هذه المحاولة الثانية أكثر مرونة من المحاولة الأولى، فهى لا تأخذ من ناحية أولى بمفهوم الحقوق المكتسبة فى ذاتها. ومن ناحية ثانية تحاول أن ترد كيد من يرتكب الغش وأن تفوت عليه غرضه. ومن مؤدى هذه الفكرة (فكرة الغش نحو القانون) أنه من حيث المبدأ، لابد أن يؤخذ بالتغيير ولابد أن يترتب عليه أثره، وهو تغيير القانون الواجب التطبيق، ولا تحول دون إعمال هذا المبدأ مقولة الحق المكتسب. غير أن تغيير العقيدة لا يستند فى جميع الحالات إلى نية خالصة أى لا يكون دائماً قائماً على اقتناع عقيدى حقيقى، بل قد يكون الدافع إليه الإضرار بالطرف الآخر ومحاولة التخلص من علاقة الزوجية، وفى هذا الفرض الأخير يكون الدافع إلى تغيير العقيدة هو الغش نحو القانون.

فقد يتزوج مسيحيان وهما على اتحاد فى الدين والملة والطائفة ثم ينشأ بينهما نزاع يكدر صفو علاقتهما الزوجية، فيلجأ الزوج (غالبا) إلى تغيير

عقيدته ولا يكون له من غرض سوى استقطاب تطبيق الشريعة الإسلامية بما يفتح أمامه طريق تطليق زوجته إعمالا لأحكام هذه الشريعة.

ويؤدى احتمال هذا الفرض - فى رأى أنصار هذا المذهب - إلى ضرورة التفرقة بين تغيير العقيدة عن يقين دينى سليم، أى بحسن نية، وتغيير العقيدة لمجرد دافع تغيير القانون الواجب التطبيق، أى قرض سوء النية، ففى الحالة الأولى يتعين إعمال التغيير وإعمال أثره على القانون الواجب التطبيق. وفى الحالة الثانية تتوافر حالة الغش نحو القانون، ويرد على الغاش قصده. وتبقى علاقته بالزوج الآخر خاضعة للقانون الواجب التطبيق قبل حدوث التغيير.

ولا يجد أنصار هذا المذهب صعوبة فى التمييز بين حسن النية وسوء النية في الحالات الواقعية التى تعرض أمام القضاء. فهناك من قرائن الحال ما ينبئ عادة عن الهدف لمن سارع إلى تغيير عقيدته، فضلا عن أن للقضاء أحكامه وتطبيقاته فى مجالات أخرى متعددة فى شأن الدوافع والبواعث التى يقوم عليها تصرف ما، كما فى حالة التعسف فى استعمال الحق إذا كان صاحب الحق قد دفعته إلى الاستعمال مجرد الرغبة فى الإضرار بالغير. وكما فى البحث عن توافر القصد الجنائى بوصفه ظاهرة تتعلق بالإرادة والنية الداخلية. وبتعبير آخر لن يستعصى على القضاء معرفة دافع التغيير المشبوه، بل ان هذه الدوافع قد تكون فى بعض الفروض واضحة تماما بحيث لا تخفى بملابساتها عن فطنة القضاء، كما فى حالة التغيير بين دعويين قضائيتين.

٤١- غير أن هذا المذهب الثانى ليس بمنأى عن النقد فمسألة العقيدة ليست كغيرها من التصرفات والأفعال. فالعقيدة مسألة دقيقة محوطها

حساسية غير عادية. فمن يغير عقيدته، خاصة فى نطاق تغيير الدين أو تغيير الملة، لا تجوز مجادلته فى بواعثه ونواياه. وقد كانت محكمة محكمة النقض المصرية مدركة لهذا المعنى فى حكمها فى ٣ ديسمبر ١٩٣٦ السابق الاشارة إليه حيث ذهبت إلى أن مسألة «الاعتقاد الدينى مسألة نفسية فلا يكن لأى جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المظاهر الخارجية الرسمية فقط، فإذا ما غيّر شخص دينه أو مذهبه رسمياً فإنه من وقت هذا التغيير لا يعتبر خاضعاً إلا لأحكام الدين أو المذهب الجديد «ولا ينبغى للقضاء أياً كانت جهته أن ينظر إلا فى توافر المظاهر الرسمية لاعتناق هذا الدين أو المذهب، فإذا وجدها متوفرة وجب عليه قصر بحثه على النتائج المترتبة على هذا التغيير طبقاً لأحكام الدين أو المذهب الجديد».

وعلى هذا النحو فإن محكمة النقض المصرية تكون قد أخذت بمعيار شكلى فى حدوث التغيير، فإذا توافر هذا المعيار تعين أن يترتب على التغيير أثره القانونى فيما يتعلق بالشريعة الواجبة التطبيق.

– غير أننا يجب أن نلاحظ عملا أن تغيير العقيدة فى أغلب الأحوال، من جانب غير المسلمين، إنما يتم حقيقة بدافع الغش نحو القانون، حيث يقصد من غيّر عقيدته إلى التمكن – بمجرد تغيير المذهب أو الديانة – من تعديل الاختصاص التشريعى، والنيل من حقوق الطرف الآخر الذى استغل ذلك استغلالا غير قويم» (نقض ١٧ يناير سنة ١٩٧٦ دائرة الأحوال الشخصية).

وهذا ما دعى محكمة النقض فى هذا الحكم المشار إليه «أن تهيب بالمشرع سداً لكل ذريعة وحيلولة للتحايل أن ينص على بقاء الزوجية وما ينشأ عنها من

آثار خاضعة للشريعة التى عقد الزواج وفقاً لأحكامها، ولو غيّر أحد الزوجين مذهبه أو ديانته أثناء قيام الزوجية، ما لم يكن التغيير إلى الإسلام باعتباره الشريعة العامة».

ومع ذلك فإن مثل هذا الحل يصطدم بمبدأ حرية العقيدة، ذلك أن الاقرار بهذه الحرية، وهى حرية أساسية يكفلها الدستور، تقتضى حتماً أن يترتب على التغيير أثره، إذ من غير المستساغ أن تقر للشخص حريته فى أن يغير المذهب الذى يختاره ثم نحرمه من ترتيب الآثار الناشئة عن هذا التغيير بحجة البحث فى دوافعه ونواياه.

الفصل الثانى

موقف المشرع من تغيير العقيده واثره

(القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥)

٤٢- تعرض المشرع لهذه المشكلة فى نصوص القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ فقد كانت المادة السادسة من هذا القانون تنص على أنه «١ - تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية، طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة (أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى) وبالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم». وقد ورد ذات الحكم فى الفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ - كما سبقت الاشارة - مع اختلاف فى الصياغة، ورغم الغاء القانون ٤٦٢ وكذلك لائحة المحاكم الشرعية.

كما كانت المادة السابعة من ذات القانون الملغى تنص على أنه «لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى، إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون». ولم يورد القانون ١ لسنة ٢٠٠٠ نصاً بديلا مماثلا لنص المادة السابعة سالفة الذكر، مما يقتضى بيان وجه الحكم فى تغيير العقيدة فى ظل غياب النص المذكور.

ومنطوق النصوص السابقة أن المشرع فى القانون المشار إليه قد فرّق -

فى شأن التغيير وأثره - بين التغيير إلى الإسلام والتغيير إلى غير الإسلام، وأعطى لكل منهما حكماً مختلفاً، كما أنه ميّز فى شأن التغيير إلى غير الإسلام بين التغيير قبل رفع الدعوى (وجعله منتجا لأثره فى شأن القانون الواجب التطبيق) والتغيير الذى يحدث بعد رفع الدعوى (أى أثناء السير فيها) وجعله غير منتج لأثره.

ونعرض فيما يلى للأمر من خلال بحث مسألة التغيير إلى الإسلام، ثم مسألة التغيير إلى غير الإسلام.

المبحث الأول

التغيير إلى الإسلام

كان المشرع قد أعطى التغيير إلى الإسلام حكماً مطلقاً لا تحفظ فيه، فإذا كان التغيير باعتناق الديانة الإسلامية تعين أن يصدر الحكم وفقاً لما هو مقرر بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، أى أن يصدر طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة. وهذه القاعدة - كما أشرنا - لا تحفظ فيها، أى أن الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق أياً كان وقت اعتناق الديانة الإسلامية، أى سواء كان قبل رفع الدعوى أو بعد السير فى إجراءاتها (وهو حكم يختلف عن حالة التغيير إلى غير الإسلام حيث لا ينتج أثره إذا حدث بعد رفع الدعوى). وقد أغفل القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ إيراد نص مماثل - كما سبقت الاشارة - لحكم المادة السابعة من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥، ومع ذلك فإن تطبيق أثر التغيير إلى الإسلام يظل قائماً دون حاجة إلى نص على ذلك، وذلك لذات التبريرات الصحيحة التى ساندت نص المادة السابعة سالفة الذكر، والذى

يعتبر النص مجرد تطبيق فى شأنها لقاعدة عامة واجبة الاتباع.

وقد كانت المذكرة الايضاحية للقانون سالف الذكر (٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) تقرر أن الحكم السابق هو تطبيق لقاعدة مقررة وهى أن تغيير الدين يترتب عليه أن يتمتع الشخص بجميع الحقوق التى يخولها له الدين الجديد.

وهذا التعبير غير صحيح، فى نظرنا، لأن مفاده أن القاعدة المشار إليها ما هى إلا إعمال لفكرة الحرية، على نحو كامل، لكافة الآثار التى تترتب على الخروج من دين إلى آخر، ولو كان هذا التعبير صحيحاً لشمل أى تغيير فى الديانة. وعلى ذات النحو، سواء كان التغيير إلى الإسلام أو إلى غير الإسلام، وهو ما لم يأخذ به المشرع كما أشرنا، حيث لا ينتج التغيير إلى غير الإسلام أثره إلا إذا حدث قبل رفع الدعوى، فإذا حدث بعد ذلك فلن يخول الشخص الحقوق التى يمنحها الدين الجديد، ويظل خاضعاً فى شأن القانون الواجب التطبيق لدين ما قبل التغيير.

لذلك ذهب بعض الفقه إلى تبرير القاعدة السابقة قولاً بأن الاعتداد المطلق بالتغيير إلى الإسلام سببه أن الإسلام هو دين الدولة الرسمى وفقاً لنصوص الدستور، لذلك وجب أن نعتد به أياً كان الوقت الذى يتم فيه وأن هذا الأمر يعد من مسائل النظام العام التى لا يمكن الخروج عنها.

ويدعم هذا التفسير الأخير أن الإسلام بحسبانه ديناً رسمياً للدولة يضع قاعدة جوهرية مؤداها أنه لا يجوز أن يخضع المسلم لغير شريعة الإسلام. وبالتالى فمن غير المتصور أن يعلن شخص اسلامه - أياً كان وقت هذا الإعلان بعد رفع الدعوى أو قبل ذلك - ثم يظل خاضعاً لشريعة أخرى غير الشريعة

الإسلامية. فالنظام العام الإسلامى يأبى ذلك تماماً. لذلك أشرنا سلفاً إلى أننا نرى أن تطبيق هذا المبدأ ليس فى حاجة إلى نص عليه، ولا يؤثر فى تطبيقه عدم إيراد حكم المادة السابعة من القانون الملغى رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ضمن نصوص القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ خاصة وأن المادة الثالثة من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ نصت على الأخذ بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة عند عدم وجود نص. وهذا المذهب لا يجيز أن يطبق على المسلم غير الشريعة الإسلامية.

وتظهر أهمية هذا الحكم، الذى أخذ به المشرع سابقاً، ونرى الاعتداد به دون حاجة إلى نص فى شأن التغيير إلى الإسلام، من الناحية العملية، فى أن هذا التغيير لا يخضع لطقوس معينة أو شكليات بذاتها، فاعتناق الدين الإسلامى يمكن استظهاره من أية مظاهر تدل عليه فلا يشترط فيه أى إجراء رسمى أو موافقة رسمية.

والمظهر الأول لذلك هو النطق بالشهادتين دون ما بحث أبعد من ذلك(١). بل إن بعض الأحكام قد أقامت بعض القرائن واعتمدتها استظهاراً لاعتناق الإسلام دون أن تتثبت مباشرة من النطق بالشهادتين. ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض المصرية من تأييد لحكم محكمة الاستئناف أقام قضاءه بإسلام الطاعن من تاريخ زواجه بمسلمة اعتماداً على اقراره فى وثيقة الزواج من «خلوه من الموانع الشرعية»، وكانت محكمة الاستئناف قد اعتبرت أن هذا الاقرار دليل

---

(١) راجع ما قضى به من أن الراجح من مذهب الحنفية هو صحة الإسلام بمجرد النطق بالشهادتين دون أن يشترط التبرء من كل دين مخالف لأن التلفظ بالشهادتين أصبح علامة على الإسلام وعنوانا له وإذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بأن المتوفى مات على دين الإسلام =

على الإسلام ودليل على سبق النطق بالشهادتين، باعتبار أن اختلاف الدين هو من موانع الزواج بالنسبة للمسلمة (نقض ١٩ يناير ١٩٦٦ مجموعة س ٣٤ ص ٧٨٢).

٤٤- ومن قرائن الإسلام أيضاً ما يترتب على إعمال مبدأ تبعية الابن لأبيه المسلم في الديانة. فقد حدث أن اعترض صبي على اعتباره مسلماً الحاقاً بديانة أبيه قولا بأنه بلغ سن الحلم وأن تبعيته لأبيه لم تعد قائمة؟ وقد رفض القضاء هذا الاعتراض على أساس أنه إذا ادعى الصبي بلوغه سن الحلم، في سن أقل من اثنتي عشر سنة فإنه لا يصدق في دعواه، وأنه يعد مسلماً تبعاً لإسلام أبيه إذا لم يبلغ السن المشار إليها (نقض ١٩ يناير ١٩٦٦ السابقة الإشارة إليه).

ونظراً لأن اعتناق الإسلام يؤدي تلقائياً إلي وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية بغير قيد أو شرط، فإن استخدام هذا الاعتناق للتحايل على القانون يصبح احتمالا وارداً، فقد يسارع من يرغب في إنهاء الرابطة الزوجية إلى الدخول في الدين الإسلامي توسلا إلى تحقيق هذه الغاية دون أن يكون لديه العقيدة الصحيحة، بمعنى آخر أن يعتنق الإسلام هروباً من الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق.

= استناداً إلى ما ثبت لديه بالبينة الشرعية أنه نطق بالشهادتين.. ولم يجعل من التبرى من أي دين مخالف شرطاً لاعتباره مسلماً فإنه لا يكون قد خالف القانون» نقض ١٩٧٦/١/٢١ مجموعة أحكام النقض س ٢٧، ص ٢٧١.

فرغم أن الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق على غير المسلمين إذا اختلفا ملة أو طائفة، إلا أن تطبيقها لا يفتح باب التطليق فى جميع الحالات. فهناك حالات لا يجوز للقاضى أن يحكم بالطلاق رغم تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين وهى حالات لا تقر فيها شريعة أحد الزوجيه الطلاق (إذا كان أحد الزوجين كاثوليكياً). ففى هذه الحالة كان يمتنع الحكم بالتطليق تطبيقاً لحكم المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية قبل إلغائها بموجب القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ «لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق»[١].

ففى مثل هذا الفرض لا يجد من يرغب فى التحلل من دعوى الزوجية بديلا من اعتناق الشريعة الإسلامية وهو فى هذه الحالة، غالباً ما يعتنقها عن غير عقيدة حقيقية، بل لمجرد الوصول إلي تطليق الزوج الآخر.

ومع ذلك فإن احتمال هذا الغش المشار إليه هو احتمال محفوف بالخطر، فمن يعتنق الإسلام لمجرد الوصول إلى غرض دنيوى فإذا حققه عاد إلى عقيدته الأولى، يعتبر مرتداً عن الإسلام. والردة فى بلد إسلامى هى أمر غاية فى الخطورة بالنسبة للمرتد. فمن الناحية الدينية من يرتد عن الإسلام يستحق القتل عملا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بدّل دينه فاقتلوه»[٢] إلا

---

(١) وسنعرض لأثر إلغاء هذه اللائحة على هذه المسألة لاحقاً.

(٢) ويلاحظ أن كثيراً من الفقهاء المحدثين يشكك فى نسبة هذا الحديث للرسول عليه السلام على سند أنه يخالف أكثر من مائة آية قرآنية تقرر مبدا حرية العقيدة، فضلا عن عدم صحة ما ذكر من أن أبى بكر رضى الله عنه حارب المرتدين، إذ أن الحقيقة هى أن المرتدين هم الذين حاربوا أبو بكر ابتداء وامتنعوا عن دفع الزكاة وأنكر بعضهم خلافته.

أن يتوب»، وهو جزاء قد يطبق فى الدول التى تتخذ من الإسلام ديناً رسمياً وتطبيقاً فعلياً من الناحية الدنيوية. وفى مصر ليس الحال على هذا النحو، فرغم أن الإسلام دين الدولة، إلا أن القوانين الوضعية تجد مصدرها فى كثير من الأحكام فى المصادر الغربية والغريبة أحياناً عن الشرع الإسلامي، وبالتالى فليس هناك من النصوص ما يقرر جزاء الإعدام على المرتد عن الإسلام.

ومع ذلك فإن محكمة النقض المصرية قد طبقت الآثار المدنية للردة عن الإسلام. فالمرتد لا يقر علي ملته ولا ميراث له (تؤول أمواله إلى الدولة) وزاوجه ينحل بقوة القانون باعتبار أن ردة الرجل هى فرقة بغير طلاق، أى يثبت بدون حاجة إلى حكم قضائى فور الردة، يستوى فى ذلك أن يكون متزوجاً بمسلمة أو بكتابية (نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ - مجموعة المكتب الفنى س ١٩ ص١٠١٤).

٤٥- يضاف إلى هذه الآثار أن محكمة النقض المصرية طبقت أحكام «الحسبة فى الإسلام» لتطبيق أحكام الردة من الناحية المدنية فمن المقرر في القانون الوضعي (م ٣ من قانون المرافعات) أن لا تقبل الدعوى أمام القضاء إلا إذا كان لصاحبها مصلحة قائمة وحالة عند رفعها وأن تكون هذه المصلحة شخصية. فلا تقبل الدعوى لمجرد الدفاع عن المصلحة العامة. أما في الإسلام فيمكن رفع الدعوى إلى القضاء بغير مصلحة شخصية إنما حسبه عند الله سبحانه وتعالى. ورغم عدم الأخذ بهذا الوضع فى القانون الوضعي المصرى إلا أن محكمة النقض أخذت به في شأن تطبيق أحكام الردة فقضت بأن الحسبة هى ما يحتسب عند الله. وفى اصطلاح الفقهاء أمر بمعروف إذا ظهر تركه ونهى عن

المنكر إذا ظهر فعله. وهى من فروض الكفاية وتصدر عن ولاية شرعية أضفاها الشارع على كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها وذلك بالتقدم إلى القاضى بالدعوى أو الشهادة لديه، أو باستعداد إلى المحتسب أو إلى والى المظالم «تبليغ النيابة العامة» ودعوى الحسبة تكمن فيما كان حقاً الله، أو فيما كان حق الله فيه غالباً، كالدعوى بإثبات الطلاق البائن والتفريق بين زوجين زواجهما فاسد (نقض ١٩٦٦/٣/٣٠ س ١٧ ص ٧٨٢)[١].

وعلى هذا النحو قد تترتب على الردة آثار موضوعية بالغة الخطورة بالنسبة للمرتد فضلا عن فتح باب الدعوى ضده لكل من يرغب فى ذلك احتساباً لوجه الله تعالى دون مصلحة شخصية[٢]. وهذه الأحكام كفيلة برد من يحاول اعتناق الإسلام «غشاً نحو القانون» عن سلوك هذا السبيل.

٤٦- ويلاحظ أن المشرع تدخل سنة ١٩٩٦ بالقانون رقم ٨١ للحد من حالات رفع دعاوى الحسبة ضد من يُدَّعَى ارتداده عن الإسلام، وذلك بتعديل نص المادة الثالثة من قانون المرافعات (التى كانت تنص - قبل تعديلها - على شرط المصلحة فى الدعوى وكانت تشترط أن يكون لصاحب الطلب أو الدفع مصلحة قائمة يقرها القانون. ثم جاء تعديل هذه المادة بالقانون المشار إليه ليشترط

---

(١) راجع ما قضى به من أن الردة من موانع الإرث.. ولا يجوز القول بأن سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم مسألة من هذه المسائل [illegible] ارث المرتد من غيره، إنما أراد به المشرع أن يخالف نص فى القرآن أو السنة الصحيحة أو حكماً اتفق عليه فقهاء المسلمين . نقض ١٩٦٦/١/١٩ س ٣٢ ق طعن رقم ١٨.

(٢) أثيرت فى مصر ضجة ضخمة بمناسبة حكم صدر عن محكمة استئناف القاهرة سنة ١٩٩٥ بالتفريق بين أستاذ جامعى وزوجته أخذاً بمفهوم دعوى الحسبة وبأحكام الردة عن الإسلام.

لقبول الدعوى أو الطلب أو التمسك بالدفع أن تكون لصاحبه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون. وبذلك لم يعد مقبولا لأى شخص أن يرفع دعوى «الحسبة» لانتفاء مصلحته الشخصية، ويبقى الأمر مقصوراً - إذا رأت وجهاً لذلك - على النيابة العامة (م ٣ مكرراً من قانون المرافعات).

المبحث الثانى

التغيير إلى غير الإسلام

٤٧- كانت المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الملغى بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) على أنه «لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى».

وبناء على هذا النص يكون المشرع قد أراد تثبيت حالة الزوجين غير المسلمين بالنسبة لأى تغيير يطرأ على انتمائهم الدينى (فيما عدا التغيير إلى الإسلام) بوقت رفع الدعوى. ففى هذا الوقت وحده تكون الحالة التى يتوقف عليها تحديد القانون الواجب التطبيق وهل هو الشريعة الإسلامية، إذا كان الزوجان مختلفين أم هو الشريعة الخاصة إذا كانا متحدين؟

ونعتقد أن حكم المادة السابعة رغم عدم وروده فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ مازال قائماً كقاعدة تمليها أحكام تطبيق القوانين بصفة عامة، ذلك أن تثبيت حالة الزوجين على ما كانت عليه عند رفع الدعوى، وعدم الاعتداد بالتغيير اللاحق، إنما يعكس مبدأ عاماً وهو أن لرفع الدعوى أثراً تحفظياً على وقائع النزاع. ومعنى ذلك أنه متى رفعت الدعوى فإن

القانون الذى يحكمها هو القانون واجب التطبيق فى هذه اللحظة. ولا يجوز بالتالى لأحد أطراف الخصومة أن يغير بإرادته المنفردة وقائع النزاع لكى يستقطب بإرادته قانوناً آخر يحقق له مصالحه الخاصة. لأننا لو أجزنا ذلك لكان تطبيق القانون واختياره منوطاً بإرادة أحد الخصوم.

– وبالتالى فإن أى تغيير يطرأ بعد رفع الدعوى لا قيمة له (ما لم يكن إلى الإسلام). فإذا كان الزوجان متحدين عند رفع الدعوى طبقت عليهما الشريعة الخاصة، ولو غيّر أحدهما – بعد ذلك – مذهبه أو طائفته، بحيث صار مختلفاً مع الطرف الآخر. ولو كان الزوجان مختلفين عند رفع الدعوى طبقت عليهما الشريعة الإسلامية، حتى ولو انضم أحدهما إلى شريعة الآخر بعد ذلك بحيث صارا متحدين.

وقد حاول المشرع بهذا الحكم أن يضع حداً لمحاولات الغش نحو القانون بالنظر إلى حالة الزوجين عند رفع الدعوى وأخذها فى الاعتبار عند هذه اللحظة دون ما يطرأ بعدها من تغيير.

وقد حاول بعض الفقه أن يفسر النص السابق[1] بما مفاده أنه يكفى لتطبيق الشريعة الخاصة لغير المسلمين أن يتوافر الاتحاد فى الملة فقط دون حاجة إلى توافر الاتحاد فى الطائفة. وقد استند هذا الرأى إلى عدة حجج أهمها:

١ – أن مجرد الاختلاف فى الطائفة لا يعكس اختلافاً فى الأحكام

---

(١) حلمى بطرس: أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين. ١٩٥٦، ص ٥٠ وص٦٢.

الدينية لأن الطوائف التى تتفرع عن مذهب معين تنضوى تحت رئاسة دينية واحدة وتجمعها وحدة العقيدة الدينية. فطوائف الكاثوليك لا تختلف أحكام أحوالهم الشخصية باختلاف طوائفهم مهما تعددت. والخلافات بين طوائف الأرثوذكس هو خلاف نظرى حول طبيعة السيد المسيح، وفيما عدا هذا فإن أحكام شرائعهم تكاد تكون واحدة.

أما طوائف البروتستانت فإن المشرع المصرى ذاته أسقط ما بينها من فروق واعتبرهم جميعاً طائفة واحدة تسمى طائفة الانجيليين.

وبالتالى فإن تعدد الطوائف - والذى يستند أصلا إلى اختلافات غير دينية - لا يجوز أن يترتب عليه أى أثر تشريعى. إنما يجب أن يقتصر هذا الأثر على الاختلاف فى الملة فقط.

٢- أن الاعتداد بالطائفة وترتيب آثار قانونية على الاختلاف فيها هو أمر يجافى الأساس الذى بنيت عليه ولاية القانون الدينى، ولا تتفق مع مقاصد المشرع من ذلك وينتهى إلى نتائج غير عادلة، لأن المشرع حين نص على اخضاع علاقات الأحوال الشخصية لغير المسلمين لأحكام شريعتهم استهدف المساواة بين المصريين، وكفالة حرية اعتقادهم الدينى فلا تتعدى ديانة إلى غير أهلها. ولايمكن القول بأن علاقة الزواج التى تقوم بين مصريين كاثوليكيين، ينتمى كل منهما لطائفة، تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، بينما تحكم هذه العلاقة قواعد المذهب الكاثوليكى إذا كان الزوجان من طائفة واحدة، والحال أن الزوجين فى الحالة الأولى مثل الزوجين فى الحالة الثانية يدينان بعقيدة مذهبية واحدة وينضويان تحت رئاسة دينية واحدة ويخضع زواجهما من الناحية الدينية لأحكام دينية واحدة.

٣ - ان منشورات وزارة العدل التى كانت تصدر للمحاكم الشرعية لبيان اختصاصها فى منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين كانت تشير إلى الاتحاد فى الملة وتجعله مانعاً من اختصاص هذه المحاكم ولم تشر إلى الاتحاد فى الطائفة.

- وخلاصة هذا الرأى إذاً هى أن الاختصاص يجب أن ينعقد للشريعة الخاصة إذا اتحد الخصوم فى الملة فقط، وبغض النظر عن اختلافهما فى الطائفة وأن هذا المعنى هو الذى يجب أن يفهم من عبارة المادة السادسة من القانون ٤٦٢ حين اشترط الاتحاد فى الملة والطائفة باعتبار أنه يقصد هذه الوحدة المذهبية المتمثلة فى المذاهب المسيحية الثلاث وهى الأرثوذكسية والبروتستانتية والكاثوليكية.

غير أن هذا الرأى السابق لم يجد قبولا لدى الفقه ذلك أنه لا يتفق مع أبسط قواعد التفسير، ذلك أنه يهمل دون مبرر كلمة طائفة مع أن إعمال الكلام خير من اهماله.. بل هو الأوجب. ثم إن هذا الاهمال يؤدى بنا أن نرمى المشرع إما بالتزيد، وإما بعدم الدقة، لأنه إذا قلنا أن كلمة طائفة لا تؤثر فى انطباق الشريعة الخاصة، كانت زائدة عن الحاجة. والواقع أنها غير زائدة بدليل أن المشرع استعمل حرف (الواو) وهو للعطف، والعطف - بحسب الأصل - يقتضى المغايرة بمعنى أن تكون الكلمة السابقة مـ الفة للكلمة اللاحقة فى مدلولها. وإذا لم تكن كلمة طائفة غير زائدة، وتمشياً مع ذلك الرأى، موضوع المناقشة، كان لا مفر من أن نرمي المشرع بعدم الدقة، فهو والحال كذلك يستعمل ألفاظاً مختلفة المعنى ويريد بها شيئاً واحداً، وتلك تهمة يجب أن ينزه عنها الشارح

المشرع[١].

ومن ناحية ثانية، فليس صحيحاً أنه لا توجد خلافات بين القواعد التى تحكم الطوائف المختلفة. ذلك أن الوحدة تقوم فى اطار عقيدة الملة (أو المذهب) الواحد، وتختلف هذه العقيدة عن عقيدة المذاهب الأخرى، كالاختلاف حول طبيعة السيد المسيح، ولكن فى اطار الطوائف التابعة للمذهب، فإن هناك خلافات فى الفروع والقواعد الواجبة التطبيق فى الأحوال الشخصية حيث تختلف كثير من الطوائف بعضها عن البعض الآخر بسبب الاختلاف العرقى وما يصاحبه من اختلاف فى مصادر القواعد القانونية واختلاف فى الأعراف والتقاليد. ووجود هذه الاختلافات حتى ولو كانت قليلة لا يستقيم معه القول بالتغاضى عن الاختلاف الطائفي والاكتفاء بالاتحاد المذهبى لتطبيق الشريعة الخاصة. وقد أقر صاحب الرأى الذى ننتقده بوجود اختلافات بين طوائف المذهب الأرثوذكسى. ووجود مثل هذه الاختلافات - ولو كانت يسيرة - كان أحد العوامل التى ساهمت فى وجود مجلس ملى وكنيسة للطائفة وساهمت فى أن كل طائفة تمسكت بقواعد خاصة بها لا تتصور تطبيقها على الطائفة الأخرى، بل إن بعض الطوائف إن لم تكن له قواعد خاصة فإنه يستقل على الأقل بفهم خاص وتفسير معين للقواعد المذهبية[٢].

---

(١) أحمد سلامة، الوسيط فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين سنة ١٩٦٨، ص ١٠٩ و ١١٠.

(٢) راجع: رمضان أبو السعود، الوسيط فى شرح شرائع غير المسلمين، ١٩٨٦، ص ٢٣٥.

ومن ناحية ثالثة، فإن المشرع يتجه إلى توحيد القواعد الموضوعية(١) فى مسائل الأحوال الشخصية، وقد كان قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ خطوة فى تأكيد هذا الاتجاه، باعتبار أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى مصر، وأن الشرائع الخاصة لا تطبق إلا بتوافر شروط وانتفاء موانع. كل ذلك إلى حين صدور قانون موحد يحكم الأحوال الشخصية للمصريين جميعاً على اختلاف دياناتهم. ونقول إن قانون سنة ١٩٥٥ كان خطوة فى تأكيد الاتجاه المشار إليه لأن السائد فقهاً وقضاء، قبل صدور هذا القانون، كان ضرورة توافر الاتحاد فى الملة والطائفة كشرط لتطبيق الشريعة الخاصة، وإلا خضع النزاع لأحكام الشريعة الإسلامية. ولا يجوز القول بأن المشرع أراد أن يتراجع عن هذا الوضع أو أن يخالفه رغم استقراره قانوناً فى التطبيق، خاصة وأن نص المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ومن بعده القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ اشترط الاتحاد ملة وطائفة هو نص صريح لا اجتهاد مع صراحته.

أما الاستناد -- للقول بغير ذلك -- إلى منشورات وزارة العدل فهو استناد فى غير موضعه لأن هذه المنشورات كانت تخاطب المجالس الملية المختلفة بحصر اختصاصها فى النظر فى المسائل التى تقوم بين أتباعها حسب ما جرى عليه عمل الطوائف ذاتها، وهم الذين ينتمون إلى الطائفة المعنية دون سواها.

وقد أخذت محكمة النقض بصريح نص المادة المذكورة حيث

---

(١) محمد شكرى سرور، نظام الزواج فى الشرائع اليهودية والمسيحية، ١٩٧٨ - ١٩٧٩، ص٣٣.

قضت «بأن القول بانضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان الأرثوذكس لا يعتبر تغييراً للملة والطائفة لأن السريان والأقباط الأرثوذكس يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحى الأرثوذكسى، مردود بأن طائفة السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس ولكل منهما مجلسها الملى الخاص بها»(١).

كما قضت بأن «المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طائفة السريان الأرثوذكس تختلف عن طائفة الأقباط الأرثوذكس وأن لكل منهما مجلسها الملى قبل إلغاء المحاكم الملية فإن انضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان وانسلاخه من طائفة الأقباط التى بقيت عليها زوجة الطاعن يعتبر تغييراً للملة والطائفة يجيز تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وفق المادتين السادسة والسابعة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولا اعتداد بالقول بأنهما يتبعان مذهباً واحداً هو المذهب المسيحى الأرثوذكسى(٢).

---

(١) نقض ١٩٦٨/١/٣ مجموعة الأحكام س ١٩ عدد أول ص ١٧٩.

(٢) نقض ١٩٧٨/٦/٢٨ طعن ٣٠ س ٤٧ ق مجموعة أحكام النقض ص ١٦٠٤ و١٤/ ١/ ١٩٧٠ طعن رقم ٢٠ س ٣٧ ق مجموعة أحكام النقض ص ٩٦.

وراجع نقد لمسلك المشرع المصرى، محمد شكرى سرور، السابق، ص ٣٣ و٣٤، سمير تناغو، أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨، ص ٥٣ ومابعدها، الذى يرى أن الحكم الذى وضعه المشرع جعل اختصاص الشرائع غير الإسلامية اختصاصاً استثنائياً ولو كان النزاع بين أبناء ديانة واحدة وأنه لم تكن هناك صعوبة فى وضع قاعدة اسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق بالاستعانة بقواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص.

وقت الاتحاد في الملة والطائفة: ومشكلة الدعاوى المرتبطة:

٤٨- أشرنا فيما سلف إلى أن الوقت الذى يعتد به فى تحديد حالة المتنازعين هو وقت رفع الدعوى، سواء فى ظل النص الصريح للمادة السابعة الملغاة من قانون سنة ١٩٥٥ أو فى ظل عدم وجود نص فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، فأي تغيير قبل هذا الوقت ينتج أثره وأى تغيير بعد رفع الدعوى لا ينتج أي أثر.

وهذا المعيار هو معيار إجرائى منضبط لا مجال للمجادلة أو التنازع فى شأنه. ويقوم - فى رأينا - على فكرة الأثر التحفظى لرفع الدعوى، كما سلف القول.

- وتنص المادة ٦٣ من قانون المرافعات رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ على أن ترفع الدعوى إلى المحكمة بناء على طلب المدعى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ما لم ينص القانون على غير ذلك. ويجب أن تشتمل صحيفة الدعوى على البيانات الآتية. . . . الخ.

٤٩- غير أن إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية جرى تعديلها مرتين حديثاً، فى المرة الأولى بصدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ والذى نص فى المادة الأولى من مواد الاصدار أن تسرى أحكامه على إجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية والوقف ويطبق فيما لم يرد فى شأنه نص أحكام قانون المرافعات وأحكام قانون الإثبات وأحكام القانون المدنى فى شأن إدارة وتصفية التركات. ويختص قاضى الأمور الوقتية باصدار أمر على عريضة فى مسائل الأحوال الشخصية الآتية. . .

كما نص فى المادة الثانية من مواد الاصدار على أن تحيل المحاكم بدون رسوم ومن تلقاء نفسها ما يوجد لديها من دعاوى أصبحت من اختصاص محاكم أخرى وذلك بالحالة التى تكون عليها.

وألغى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ الكتاب الرابع من قانون المرافعات وهو الباب الخاص بالإجراءات المتعلقة بالأحوال الشخصية، ليحل محلها ما نظمه القانون الجديد من إجراءات وردت فيه.

- وفى المرة الثانية صدر القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ فى شأن إنشاء محاكم الأسرة. وأسند إليها المشرع (م ٣) الاختصاص دون غيرها بنظر جميع مسائل الأحوال الشخصية التى كان ينعقد الاختصاص بها للمحاكم الجزئية والابتدائية طبقاً لأحكام القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وتشكل محكمة الأسرة من ثلاثة قضاة يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بالمحكمة الابتدائية، وتشكل الدائرة الاستئنافية من ثلاثة من المستشارين بمحكمة الاستئناف على أن يكون أحدهم على الأقل بدرجة رئيس بمحكمة الاستئناف (م ٢). وقد ألحق المشرع بمحكمة الأسرة نيابة متخصصة لشئون الأسرة، كما أنشئ القانون ١٠ لسنة ٢٠٠٤ مكاتب لتسوية المنازعات الأسرية تتبع وزارة العدل وتضم فى عضويتها عدداً من الأخصائيين القانونيين والاجتماعيين والنفسيين. وقد أوجب هذا القانون تقديم طلب لتسوية النزاع للمكتب المشار إليه والذى يحاول التسوية الودية إذا أمكن، وإلا كان اللجوء للمحكمة. غير أن هذه المرحلة التمهيدية - التسوية الودية - لا تشمل دعاوى الأحوال التى لا يجوز فيها الصلح والدعاوى المستعجلة ومنازعات التنفيذ والأوامر الوقتية. فهذه المنازعات غير خاضعة لوجوب عرضها أولا على لجان التسوية.

وأخيراً جعل القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ من أحكام محكمة الأسرة الاستئنافية غير قابلة للطعن فيها بطريق النقض. وذلك فيما عدا النائب العام الذى يجوز له وفقاً للمادة ٢٥٠ مرافعات أن يطعن فى النقض فى الأحكام الانتهائية وذلك لمصلحة القانون، وذلك أياً كانت المحكمة التى أصدرتها.

- وعودة إلى معيار وقت رفع الدعوى، والذى يتحدد وفقاً له القانون الواجب التطبيق، فإننا نعتقد أن وجوب الالتجاء إلى لجان تسوية المنازعات الذى نص عليه القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ لا يغير شيئا فى هذه الجزئية، إذ يظل الأمر محكوماً بحالة الزوجين وقت رفع الدعوى وليس وقت تقديم طلب التسوية الودية. فعند رفع الدعوى بايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة يعتد بحالة الخصوم من حيث كونهم متحدين أو مختلفين فى المذهب أو الطائفة، وأى تغيير يطرأ بعد هذا الوقت لا أثر له.

وقد أثار هذا التحديد «الظاهر المنضبط» (وهو معيار وقت رفع الدعوى)، مشكلة الدعاوى المرتبطة والتى يشملها وحدة نزاع واحد.

الدعاوى المرتبطة:

٤٩- عرضت هذه المشكلة أمام القضاء فى فروض كثيرة، مثلا لو أن زوجة مسيحية رفعت دعوى نفقة على زوجها المتحدة معه مذهباً وطائفة، ثم صدر فيها حكم، وبعد صدوره قام الزوج بتغيير مذهبه أو طائفته وأعقب ذلك برفع دعوى بطلب الحكم له بالتطليق. هناك ارتباط بين الدعويين مفاده أن الخصومة الفعلية أو المنازعة قد بدأت بينهما بدعوى النفقة. واستتبعت هذه الخصومة قيام الزوج بتغيير عقيدته أو ملته ثم رفع دعوى التطليق بعد ذلك.

وكذلك الحال لو أن زوجاً رفع دعوى التطليق وفقاً لشريعته الخاصة نظراً للاتحاد مع زوجته مذهباً وطائفة، وبعد أن خسر دعواه سارع بتغيير مذهبه أو طائفته، ورفع بعد هذا التغيير دعوى جديدة طالباً الحكم له بالتطليق وفقاً للشريعة الإسلامية.

فى مثل هذه الفروض يثور السؤال عن القانون الواجب التطبيق على الدعوى الثانية. فالتغيير فى الأمثلة السابقة حدث بين دعوين مرتبطين بوحدة النزاع، إذ لولا المنازعة التى رفعت فى شأنها الدعوى الأولى لما حدث التغيير اللاحق الذى رفعت بعده الدعوى الثانية. فهل يعتد بهذا التغيير فى شأن القانون الواجب التطبيق، أم تظل العلاقة خاضعة - رغم التغيير بين الدعوين - للقانون الذى يحكم الدعوى الأولى.

٥٠- ذهب رأى إلى أن التغيير الذى حدث بعد رفع الدعوى الأولى، وقبل رفع الدعوى الثانية، لا يعتد به ولا يؤثر على القانون الواجب التطبيق إذ يظل هو القانون الذى يحكم الدعوى الأولى، أى أن هذا التغيير يعتبر فى حكم التغيير الذى تم أثناء سير الدعوى، ذلك أن الدعوين مرتبطتان ارتباط السبب بالنتيجة، ولما كان لا يمكن فصل السبب عن نتيجته فكذلك لا يجوز فصل الدعوين إحداهما عن الأخرى، والحجة فى ذلك أولا وقبل كل شئ محاولة الحد من الاتجاه المنتقد الذى سار فيه المشرع عندما اتخذ مرحلة رفع الدعوى فاصلا بين تغيير وتغيير.

وإذا كانت السبل القانونية الأخرى والتى سوف نراها تعجز عن محاربة سوء استعمال رخصة تغيير العقيدة، فإن فكرة الدعاوى المرتبطة تقوم بهذه

المهمة خير قيام، فذلك الزوج الذى طلب التطليق، وفق شريعته، فرفض طلبه، إذا غيّر طائفته أو ملته أو ديانته إلى غير الإسلام فلن يفيده ذلك شيئاً، ومن ثم يرد عليه قصده السئ، إذ هو اتخذ مظاهر العقيدة وسيلة سيئة لتحقيق مآربه، وما أيسر وقوع هذا التغيير. ومن ناحية ثانية فإن الدعوى الثانية ما هي إلا تكملة لمسيرة الدعوى الأولى. ويجب عدم التمسك بحرفية عبارة سير الدعوى وحملها على أنها تعني سير دعوى واحدة، فهي قد تكون كذلك وقد تكون سير دعاوى مرتبطة»[1].

٥١- غير أن أغلبية الفقه لم تساير هذا الرأى السابق، ذلك أن نص القانون صريح فى أنه «لا يؤثر فى القانون الواجب التطبيق تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم من وحدة طائفية إلى أخرى أثناء سير الدعوى». والدعوى القضائية وحدة واحدة تبدأ بإيداع صحيفتها قلم كتاب محكمة واحدة وتنتهي بصدور حكم نهائى فيها[2]. والمقصود هو أثناء سير الدعوى المنظورة بالفعل أمام القضاء، ولا مجال فى هذا الشأن للاجتهاد لأن عبارة النص واضحة لا لبس فيها ولا غموض. ولو أن المشرع أراد أن يذهب إلى ماذكره الرأى السابق لما تردد فى التعبير عن ذلك بما يفيده صراحة كأن يذكر مثال تعبير «أثناء النزاع» بدلا من أثناء سير الدعوى، وهذا الاتجاه الثاني هو مايستفاد

---

(١) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٢٣٢، ٢٣٤.

(٢) يلاحظ أن التغيير الذى يحدث بعد صدور الحكم الابتدائى وقبل الحكم فى الاستئناف هو تغيير، بغير شك، أثناء سير الدعوى.

من قول محكمة النقض المصرية (١٩٧٦/٢/١١ بمجموعة أحكام النقض س ٤٥ ص ٤٣٨) أن المشرع أراد أن يتخذ من سير الدعوى وانعقاد الخصومة فيها - وهو وصف ظاهر ومنضبط - لأن مجرد قيام النزاع ليس نظاماً يتحدد به الاختصاص التشريعي والقانوني الواجب التطبيق»[١].

---

(١) راجع في هذا الاتجاه الثاني، رمضان أبو السعود، السابق، ص ٢٧٧ ومابعدها، اهاب اسماعيل، أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص ٣١٦.

الفصل الثالث

مشكلات تغيير العقيدة

إلى غير الإسلام

٥٢- يترتب على تغيير العقيدة أو الطائفة تطبيق الشريعة الإسلامية إذا كان التغيير قبل رفع الدعوى وأدى إلى اختلاف المتنازعين ملة أو طائفة. وقد يؤدى التغيير المذكور - على العكس - إلى تطبيق الشريعة الخاصة إذا كان قد أدى إلى الاتحاد في الملة والطائفة.

ويترتب على التغيير، وأثره في القانون الواجب التطبيق، عدة مشاكل منها مشاكل عامة تخص التغيير أياً كانت نتيجته مثل مشكلة اثبات التغيير سواء كان إلى الاتحاد أو إلى الاختلاف، ومشكلة مدى اجازة تعويض الطرف المضرور من التغيير عما لحق به من أضرار نتيجة له، وهل يمكن أن يكون التغيير خطأ يستوجب المسئولية؟ وهناك مشكلات تتعلق بحالة استبعاد تطبيق الشريعة الخاصة إذا ما اصطدمت بالنظام العام في مصر رغم توافر شروط تطبيقها . ثم مشكلات تتعلق بتطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين، إما ابتداء بسبب اختلافهم عقيدة أو طائفة، وإما على نحو طارئ بسبب الاختلاف بعد الاتحاد، وإما بصفة احتياطية بسبب استبعاد الشريعة الخاصة لاصطدامها بالنظام العام. كل ذلك فضلا عن تحديد بعض القيود التي ترد على تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين، وأخيراً تحديد ما هي قواعد الشريعة الإسلامية المقصود تطبيقها على غير المسلمين، ونعرض لكل هذه المسائل فيما يلي.

المبحث الأول

المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية

واجبة التطبيق على غير المسلمين

٥٣- أشرنا إلى أن الشريعة الإسلامية قد تطبق على غير المسلمين إما ابتداء، بسبب الاختلاف فى العقيدة أو الطائفة، وإما على نحو طارئ إذا غيّر أحد الزوجين عقيدته أو طائفته - قبل رفع الدعوى - فأصبح مختلفاً مع الزوج الآخر، وإما بسبب اصطدام الشريعة الخاصة بالنظام العام. وقد ثار التساؤل هنا عن المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق.

وسبب اثارة هذا التساؤل أن الفقه الإسلامى يتضمن مجموعة من الأحكام الخاصة بالذميين إلى جانب قواعده الخاصة بالمسلمين. والمجموعة الأولى هى أقرب إلى قواعد الاسناد فى القانون الدولى الخاص. أما المجموعة الثانية فهى القواعد الموضوعية التى تنطبق مباشرة على ما ينشأ بين العباد من منازعات.

وقد ذهب رأى أول[1]:

٥٤- إلى أن القواعد الواجبة التطبيق على غير المسلمين، حال تطبيق الشريعة الإسلامية عليهم، هى القواعد المتعلقة بأهل الذمة أخذاً بأحكام المذهب الحنفي المعمول به فى مصر. فهذا المذهب يقر غير المسلمين الذميين على جميع

---

(١) حلمى بطرس، محاضرات فى الأحوال الشخصية، ١٩٥٦، ص ٦٥، وراجع عرض الموضوع: توفيق فرج، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٨٢، ص ٢٩٢. عصام أنور سليم، أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ٢٠٠٦، ص ٢٥٣ ومابعدها.

أنكحتهم حتى ولو كانت فاسدة من منظور الشريعة الإسلامية طالما أنها صحيحة جائزة فى شرائعهم الخاصة، وبالتالى فلا يجوز للقاضى المسلم أن يتدخل من تلقاء نفسه ليفرق بين الزوجين. ولا يتخاذل لمجرد أن ترافع إليه أحد الزوجين دون الآخر. يستوى فى ذلك أن يكون الزوجان متحدين أو مختلفين فى المذهب والطائفة. أما ما كان سائداً أمام المحاكم الشرعية قبل إلغائها من أنها كانت تطبق الشريعة الإسلامية بأحكامها الموضوعية على الذميين الذين يترافعون أمامها فقد كان مرده التجاء أحد الزوجين إلى المحكمة الشرعية وقبول الطرف الآخر الترافع أمامها، مما كان يعد قبولاً من الطرفين أن تطبق عليهم ذات الأحكام التي تطبقها تلك المحاكم على المسلمين، أى الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية. وهذا الرضاء لا محل لاستخلاصه بعد أن ألغيت المحاكم الشرعية وأصبح الالتجاء للقضاء العادى أمراً لا خيار فيه ولا يعنى أى شئ فى خصوص القواعد الواجبة التطبيق.

ويضاف إلى ذلك - عند أنصار هذا الرأى - أن المشرع نفسه كان قد نص فى م ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة) على أن «لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق»، وهو ما يعنى أن المشرع أخذ فى هذا النص بقاعدة ترك الذميين وما يدينون به، فى هذا الشأن الهام وهو الطلاق.

٥٥- وقد قضت بعض الأحكام فى هذا المعنى حيث جاء فى حكم لمحكمة استئناف القاهرة سنة ١٩٥٧ أنه «لما كان المذهب الحنفى يتضمن أحكاماً خاصة بالذميين فيجب إعمال هذه الأحكام دون غيرها وإعمالها بروح تساير التطور الاجتماعى وتتفق ومقتضيات العصر الحاضر، فالإمام أبو حنيفة يقر غير

المسلمين على جميع أنكحتهم وإن كانت فاسدة بين المسلمين متى كانت صحيحة جائزة في ذمتهم، ويرى ترتيباً على ذلك ألا يتدخل القاضى من تلقاء نفسه ليفرق بين الزوجين، ولا يتدخل لمجرد مرافعة أحد الزوجين دون الآخر . . ولما كان الزواج طبقاً للملتين اللتين ينتمى إليهما الزوجان من الأسرار الكنسية ولا يحل رباطه إلا طبقاً لأحكام موضوعية أشارت إليها الكنيستان الانجيلية والأرثوذكسية، وكان الحكم الابتدائى قد أقام قضاءه على تطبيق خاطئ للقانون حيث طبّق القواعد الموضوعية الخاصة بالطلاق بين المسلمين، تعين القضاء بإلغاء هذا الحكم»[١]. كما قضت بأن القاعدة التي تضمنتها المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وأشير إليها فى المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تحيل إلى الراجح من مذهب أبى حنيفة لا فيما يختص بالمسلمين بل فيما يختص بالمسيحيين من أهل الذمة، متى كانت هناك قواعد خاصة بهم فى الفقه الحنفى . . . وينبنى على ذلك أن الحكم المطعون فيه حين قضى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية الخاصة بالمسلمين قد أخطأ فى تطبيق القانون فيتعين الغاؤه[٢]، وأن المذهب الحنفى يتضمن أحكاماً خاصة لغير المسلمين على أساس تركهم وما يدينون فيجب إعمال هذه الأحكام دون الأحكام الموضوعية للمسلمين[٣].

---

(١) استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٣/٦، مشار إليه فى خفاجى ورابح لطفى، قضاء الأحوال الشخصية، ١٩٦٠، ص ٢١١.

(٢) استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/٣/١٣، خفاجى ورابح لطفى، ص ٢١٢.

(٣) استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/١٠/٢٧، المحاماة، س ٣٨، عدد ٣، ص ٣٨٣.

أما الرأى الثانى:

٥٦- فيرى أن المذهب السابق غير صحيح، لأن المشرع المصرى نص فى الفقرة الأولى من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن يفصل فى منازعات الأحوال الشخصية، التى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعية، وفقاً لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة، ثم اتبع ذلك فى الفقرة الثانية من المادة السادسة بتطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين إذا توافرت شروط هذا التطبيق. ثم قرر المشرع فى المادة السابعة من ذات القانون أنه فى حالة قيام مانع من تطبيق الشريعة الخاصة فإنه يقضى فى النزاع وفقاً لما جاء بالفقرة الأولى من المادة السادسة. وهذه الفقرة تبين القواعد التى تطبق على المسلمين والتى كانت تطبقها المحاكم الشرعية. وهنا يلاحظ أن المشرع أحال إلى الفقرة الأولى من المادة السادسة ولم يحل إلى نص المادة ٢٨٠(1) من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وعلى هذا النحو فإن محكمة استئناف القاهرة، والرأى السابق عرضه الذى يساند فقهها، تكون قد أخطأت إذ هى فسرت قواعد الشريعة الإسلامية على أنها مجموعة القواعد الواردة فى المذهب الحنفى والتى تخص الذميين دون المسلمين، خاصة وأن الغالبية العظمى من أحكام المحاكم الشرعية كانت تذهب قبل الغائها إلى تطبيق القواعد الخاصة بالمسلمين على منازعات غير المسلمين التى تعرض أمامها. ولم يكن ذلك بسبب الرضا بالمرافعة أمام القضاء الشرعى والرضا بتطبيق الشريعة الإسلامية - كما قال

---

(1) أحمد سلامة، السابق، ص ٢٧. عصام أنور سليم، السابق، ص ١٣٨.

الرأى الأول المنتقد - أى لم يكن عن اختيار للاختصاص التشريعى والقضائى للشريعة الإسلامية، إنما كان بسبب أن الوضع القانونى قبل سنة ١٩٥٥ كان يوزع الاختصاص الزاماً بين المجالس الملية بالنسبة للمتحدين عقيدة وطائفة من غير المسلمين، والمحاكم الشرعية التى كانت تختص بكل ما عدا ذلك بالنسبة للمسلمين وغيرهم[1].

يضاف إلى ذلك ويؤكده أن المشرع حين استشعر الحرج من تطبيق الشريعة الإسلامية على أحوال غير المسلمين عن طريق المحاكم الشرعية منع هذه المحاكم فى المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من سماع دعوى التطليق بين غير المسلمين إلا إذا كان الزوجان معاً يدينان بوقوع الطلاق، وقد أبقى المشرع على هذا الحكم فى قانون ١٩٥٥. ولو كان المشرع قد قصد بالشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على غير المسلمين القواعد الخاصة بالذميين، لما كان فى حاجة إلى وضع هذا التحفظ الوارد فى المادة ٩٩ من اللائحة.

٥٧- وأخيراً فإن القول بأن المقصود من الإحالة إلى الشريعة الإسلامية هو الإحالة إلى قواعد الاسناد فى المذهب الحنفى يؤدى إلى وضع شاذ، لأن من مقتضى هذا القول أن المشرع يقرر عدم تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلم فى حالة الاختلاف فى الديانة أو المذهب أو الطائفة، وفى حالة التعارض مع النظام العام، ثم يعود فيقرر تطبيقها مرة أخرى إعمالا لقواعد الاسناد عند أبى حنيفة

(١) أحمد سلامة، السابق، ص ٣٧٣ ومابعدها.

(٢) أحمد سلامة، السابق، ص ٣٧٤، حسام الأهوانى، السابق، ص ٢٣١.

والتى تقضى بتركهم وما يدينون به. ثم ما هو الحل لو أن الشريعة الخاصة تصطدم بالنظام العام في مصر، وهل كان التحفظ الخاص بالنظام العام الوارد فى قانون ١٩٥٥ من قبيل اللغو أو العبث !!

لكل ذلك فإن القول الذى يتفق مع أصول التفسير الصحيح هو الذى يرى أن المقصود بالشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على غير المسلمين - حين تتوافر فروض تطبيقها - هى تلك القواعد الموضوعية التى تطبق على المسلمين وليس قواعد الاسناد .

٥٨- وقد قضت فى هذا المعنى كثرة من الأحكام فى مصر حيث قضى بأنه «يؤخذ بإجماع الأئمة أنه إذا ترافع الزوجان غير المسلمين إلى القضاء الإسلامى ففى هذه الحالة يسمع القاضى المسلم الدعوى ويحكم فيها بأحكام الشريعة الإسلامية كما يحكم بها لو كانا مسلمين لقوله تعالى: «فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم»[١] وان اتباع أرجح الأقوال في مذهب الإمام أبى حنيفة .. أمر متعلق بالقواعد والأحكام فى فقه الشريعة لا بقواعد الإجراءات وطرق الاثبات»[٢] .

كما قضى بأن المقصود بأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة .. أمر متعلق بالقواعد والأحكام فى فقه الشريعة لا بقواعد الإجراءات وطرق الاثبات»[٣] . كما قضى بأن المقصود بأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٥/٢٧ منشور فى صالح حنفى، قضاء الأحوال الشخصية، جزء ٢، ص ١٨١.

(٢) استئناف طنطا ١٩٥٧/٦/٤ المحاماة س ٣٧ عدد ١٠ ص ١٢٩٧.

(٣) استئناف الاسكندرية فى ١٩٦١/٤/٦، قضاء الأحوال الشخصية لصالح حنفى، ص ٢٠٩.

حقيقة بالنسبة للذميين هي القواعد التي تطبق في حق المسلمين والمتفق عليها، وأرجح الأقوال في المذهب في المسائل المختلف عليها والخاصة بالذميين على أساس أن هذه القواعد الأخيرة أصبحت من صميم قواعد الفقه الإسلامي بغض النظر عن مصدرها[11]. وأن قواعد الشريعة التي تطبق في النزاع، حول طلاق غير المسلمين مختلفي الملة، هي القواعد الموضوعية التي تطبق على المسلمين إعمالاً للقاعدة العامة التي تقول: إن لأهل الذمة ما للمسلمين وعليهم ما عليهم.

٥٩- أما محكمة النقض فقد قضت اتفاقاً مع المعاني السابقة «بأن المستقر في قضاء هذه المحكمة[12] أن الشريعة الإسلامية هي شريعة القانون العام بمعنى أنها تختص أصلاً بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم وأن الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات. ومفاد المادتين ٦ و٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ في شأن إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، أن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة هي الواجبة التطبيق في منازعات الأحوال الشخصية التي تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة وملة. والمقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التي يخضع لها المسلم - دون أحكام الشريعة الخاصة - هي الواجبة التطبيق. لأنه من غير المتصور أن يكون

---

(11) استئناف القاهرة [illegible]. قضاء الأحوال الشخصية لصالح حنفي ص ٢١٠.

(12) نقض [illegible]. مجموعة أحكام النقض ١٦ و٢٦ س ٤٨ ص ٢٧٦.

تطبيق الشريعة العامة يقصد به تطبيق قواعد الاسناد التى تقضى بترك غير المسلمين وما يدينون به فى تنظيم أحوالهم الشخصية، وتكون الإحالة إلى الشريعة الإسلامية منذ البداية لغواً ينبغى أن يتنزه عنه المشرع.

وعلى هذا النحو تكون المسألة قد استقرت على أن الشريعة الإسلامية التى تطبق على غير المسلم - عند توافر حالات تطبيقها - هى القواعد الموضوعية التى تطبق على المسلمين إلا إذا استثنى المشرع قاعدة معينة من قواعدها أو قيد تطبيقها بقيد معين كما هو الحال مثلا فى نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والسالفة الاشارة إليها[١].

(١) راجع فى الموضوع جميل الشرقاوى، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الكتاب الأول فى الزواج، ١٩٥٩، ص ٥٢ ومابعدها.

المبحث الثانى
قيود تطبيق الشريعة الإسلامية
على غير المسلمين

٦٠- تطبق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين إذا اختلفا في المذهب أو الطائفة، أو تخلفت في حقهم شروط تطبيق شريعتهم الخاصة، أو اصطدمت هذه الشريعة بالنظام العام.

ولكن تطبيق الشريعة الإسلامية قد يصادف بعض القيود، وقد يثير بعض المشكلات.

وقد فرض المشرع المصرى ذاته قيداً على هذا التطبيق هو قيد المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. وهو قيد عدم سماع دعوى الطلاق بين غير مسلمين إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق. ولكن المشكلة هى أن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ ألغى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دون أن يضع نصاً بديلا مماثلا لحكم المادة ٩٩ سالفة الذكر. كما يثير التطبيق فى ذاته مشكلتين أظهرهما التطبيق العملى هما: **أولا:** مشكلة مدى جواز أن يطلق المسيحى زوجته بإرادته المنفردة حال استحقاق تطبيق الشريعة الإسلامية على حالته الشخصية، **وثانياً:** مشكلة هل يجوز للمسيحى فى ذات هذا الفرض أن يجمع بين أكثر من زوجة عملا بحكم الشريعة الغراء؟

ونعرض لكل مسألة من هذه المسائل فى مطلب مستقل.

المطلب الأول
مدى جواز طلاق المسيحى
بإرادته المنفردة
(عندما يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية)

٦١- الفرض هنا أن شروط تطبيق الشريعة الخاصة قد تخلفت كلها أو بعضها، وبالتالى أصبحت العلاقة خاضعة للشريعة الإسلامية. ولم يرد تحفظ صريح على تطبيق الشريعة الإسلامية سوى فى الحالة الوحيدة التى أورد فيها المشرع تحفظاً على حدود تطبيق الشريعة الإسلامية، وهو الذى كان منصوصاً عليه فى المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، والذى سنعرض له فى المطلب الثالث.

لذلك وفى غياب أى نص يقيد تطبيق الشريعة الإسلامية، كان التساؤل: هل يجوز للمسيحى أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة عندما يكون خاضعاً فى علاقته الزوجية لأحكام الشريعة الإسلامية؟ وذلك أننا انتهينا فى موضع سابق إلى أن الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على أحوال غير المسلمين هى ذات الأحكام الموضوعية التى تطبق على المسلمين سواء بسواء. ومن هنا كانت وجاهة التساؤل الذى نحن بصدده، إذ أن مؤدى الاطلاق فى التطبيق المذكور أن يكون للزوج غير المسلم مكنة إعمال الطلاق بالإرادة المنفردة، شأنه شأن الزوج المسلم، إذ أنهما يخضعان لذات الأحكام الموضوعية.

ومن ناحية ثانية، يلاحظ أن هذا التساؤل لا يثور بطبيعة الحال إلا فى الفرض الذى يكون فيه الزوجان ممن يدينون بوقوع الطلاق على نحو ما سبق ذكره.

وواضح من عرض المشكلة على النحو السابق مدى دقتها وحساسيتها، فالحل المتصور يتأرجح بين اعتبارين متعارضين: **الأول** هو اعتبار المنطق والتفسير القانونى السليم الذى يقتضى أنه إذا طبقت الشريعة الإسلامية على غير المسلم ثبتت له الحقوق الناشئة عن هذا التطبيق ومنها مكنة الطلاق بالإرادة المنفردة. أما **الاعتبار الثانى** فهو أن المسيحيين **لا يعرفون** فى أى مذهب من مذاهبهم **الطلاق بالإرادة المنفردة** الذى يصطدم بالتالى بأسس الشريعة المسيحية، وقد يؤدي بهم إلى عدم الاستقرار وزعزعة الأسر. وبناء على ذلك فقد اختلفت الآراء فى شأن هذه المشكلة

الرأى الأول:

٦٢- وذهب الرأى الأول الذى عبّر عنه جانب هام من الأحكام القضائية وأيدته محكمة النقض، إلى أنه إذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة، فإن لغير المسلم أن يطلق زوجته بذات الأسلوب، مادام قد خضع لأحكام هذه الشريعة. وفى هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف «انه من المسلمات في الشريعة الإسلامية أن طلاق الذمى زوجته بإرادته المنفردة إنما هو طلاق ملزم ومنتج لآثاره. فلقد جاء فى الدر المختار فى الجزء الثانى فى باب زواج الذمى وكذا فى آخر باب العدة، إذا ترافع إلينا زوجان وهما على غير الإسلام. وقد طلق الزوج زوجته ثلاثا وطلبت الزوجة التفريق فإنه يفرق بينهما إجماعاً، وكذلك لو خالعها ثم عاشرها من غير عقد.. ومن حيث أن الواقع من الأمر أن المذهب الحنفى وهو يعرض للأصل فى الشريعة الإسلامية يرى أن الأصل هو العموم فى حق الناس كافة سواء أكانوا مسلمين أم ذميين، وعقد **الذمة يؤكد جانب حقوق الذميين**، أما التزامهم بأحكام الإسلام فلا يأتى من عقد

الذمة بل من عموم ولاية أحكام الشريعة الإسلامية فى دار الإسلام، فللشريعة الإسلامية ولاية عامة تجعل أحكام الإسلام ملزمة لجميع قضاتها . . »[١] .

وقضت محكمة النقض «انه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن الطرفين مختلفا الطائفة ويدينان بوقوع الطلاق فقد تعين تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على واقعة النزاع بينهما ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأسس قضاءه برفض دعوى الطاعنة اثبات الطلاق على أن القواعد الموضوعية المشتركة بين ذوى الملة المختلفة هى الواجبة التطبيق وأن تلك القواعد لا تجيز الطلاق بالإرادة المنفردة فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون بما يستوجب نقضه»[٢] . وأنه «إذا كان للزوج المسيحى أسوة بالزوج المسلم الحق فى ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة، إذا كانت الشريعة الإسلامية تحكم العلاقة بين الزوجين تبعاً لعدم توفر شرط انطباق الشرائع الطائفية، رغم أن قواعد الشرائع المطبقة حالياً لا تعرف الطلاق بمشيئة الزوجين أو أحدهما ، اعتباراً بأنه لا يجوز أن يترك للإرادة حل عقد الزواج ولما فيه من تحكيم أهواء النفس البشرية فيما لا يجوز فيه سيطرة الهوى النفسى والضعف الإنسانى لأن الثابت أن الشريعتين اللتين كانتا سائدتين عند ظهور الديانة المسيحية – وهما اليهودية والقانون الرومانى – كانتا تبيحان تراضى الزوجين على إنهاء العلاقة الزوجية وتقران حق الزوج فى الطلاق بمحض إرادته، وظلت مبادئ هاتين الشريعتين فى هذه المسألة هى السارية

---

(١) استئناف الاسكندرية فى ١٩٦١/٤/٦ القضية رقم ١٤ س ١٦ ق منشور فى مجلد الأحوال الشخصية لنادى القضاة، الجزء الثالث، ص ٦٠.

(٢) نقض ١٩٦٢/٢/٦ مجموعة الأحكام، س ١٤ ع١ ص ٢١٨.

مع انتشار المسيحية، يساندها استعمال الكتاب المقدس للفظ الطلاق لا التطليق في انجيل متى، وتحدثه عن حل وثاق الزواج حال الزنا، ولم تتم الغلبة لحظر الطلاق بالإرادة المنفردة إلا بعد تسعة قرون في مجمع القسطنطينية المنعقد سنة ٩٢٠ ميلادية حيث بدأت الكنيسة تمارس اختصاصاً قضائياً بتصريح ضمني من الأباطرة. وإذا كانت مختلف الشرائع المسيحية الطائفية - فيما عدا شريعة واحدة لها وضع خاص - تبيح التطليق على تفاوت في أسبابه بين توسعة وتضييق، وكانت مسألة تطبيق الشريعة العامة لا تثور إلا عند اختلاف الزوجين طائفة أو ملة، فإن اللجوء إلى الأحكام الموضوعية الشريعة الإسلامية بإباحة التطليق بالإرادة المنفردة يبدو لازماً تبعاً لعدم اباحة مجال للخيرة بين الأحكام الموضوعية لأي من الشرائع الطائفية... هذا بالإضافة إلى أنه طالما ترفع الدعوى بطلب اثبات الطلاق الواقع بالإرادة المنفردة ويعرض النزاع على القضاء ليقول مقالته في الشريعة التي تحكمه، فإن ثبت به توافر شرائط انطباق الشريعة الطائفية لم يقع الطلاق صحيحاً، وإن استبان تخلف الشروط أقر وقوع الطلاق..»(١).

أما الرأي الثاني:

٦٣- فيذهب إلى عدم جواز طلاق المسيحي بإرادته المنفردة: رغم تطبيق الشريعة الإسلامية عليه، ذلك أن مثل هذا الطلاق ينتهي إلى زعزعة الأسر حيث يتصور الزوج أن طلاقه بهذا الأسلوب صحيح فيتزوج مرة ثانية، ثم تحكم

---

(١) نقض ١٩٧٩/١/٧ في الطعنين ١٦ و٢٦ س ٤٨ ق مجلة الأحوال الشخصية السابق الاشارة إليها، ص ٦٣ و٦٤.

المحكمة فى وقت لاحق ببطلان طلاقه وبقاء زوجته الأولى على ذمته. ومن ناحية ثانية فإن الشريعة الإسلامية لا تحكم الحياة القانونية الجارية لغير المسلمين فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية، إنما هى لا تحكم إلا منازعاته أمام القضاء. ويؤكد هذا المعنى أن المشرع افترض لتطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين، أن يكون هناك نزاع قضائى، أو دعوى، بدليل أنه «رتب آثاراً قانونية على كل تغيير فى العقيدة يقع قبل رفع الدعوى ولم يرتبها على التغيير الذى يقع أثناء نظر الدعوى إلا إذا كان إلى الإسلام». والمنطق الحتمى هو ضرورة أن تكون هناك دعوى لكى يتولى القاضى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. يضاف إلى ذلك أن القول بالطلاق بالإرادة المنفردة «يفتح الباب على مصراعيه أمام التحايل للتخلص من رابطة الزوجية، إذ قد يتفق الزوجان غير المسلمين على أن يقوم الزوج بإيقاع الطلاق وتسكت الزوجة ولا تنازع فى أمر توفر شروط انطباق الشريعة الخاصة، ومن ثم تنحل رابطة الزوجية بالاتفاق، وتلك صورة من المقطوع به أنها غير جائزة[1].

وأخيراً، فإن مناط تطبيق الشريعة الإسلامية أو تطبيق الشريعة الخاصة هو توافر شروط وانتفاء موانع تقتضى جميعها البحث فى أمور قانونية «لا يمكن للأفراد أن يبتوا فيها بأنفسهم بل لابد من الالتجاء إلى القضاء عن طريق الدعوى.

---

(١) أحمد سلامة، السابق.

وفى اتجاه رفض طلاق المسيحى بالإرادة المنفردة يضيف البعض[١] أن الطلاق بالإرادة المنفردة هو عند المسلمين «يمين طلاق» يتعلق بعقيدة الزوج المسلم الدينية، إذ يعتقد أن تلك اليمين توجب الفرقة وتنهى الملك، وأن الجزاء الدينى يمتزج فيها بالجزاء القانونى. ومن هنا كان من الصعب أن تنسحب تلك القاعدة الدينية علي أشخاص لا يدينون أصلا بالعقيدة الإسلامية، خاصة وأن من شروط ايقاع يمين الطلاق أن يكون الزوج من أهل التكليف، والتكليف يقتضى الإسلام والبلوغ والعقل[٢].

تعقيب:

٦٤- يلاحظ من استعراض الرأيين السابقين أن الرأى الثانى هو الأكثر اتفاقاً - فى رأينا - مع الفهم الصحيح للقانون، فضلا عن أنه أكثر ملاءمة من الناحية العملية. ذلك أن الرأى الأول والذى تبناه القضاء المصرى، والذي نرفضه، ينتهى حقيقة إلى أن الطلاق، فى احتمال أول، يقع بحكم المحكمة فى حالة النزاع، فكما قالت محكمة النقض ذاتها فى حكمها فى ١٩٧٩/١/١٧ أن الأمر حين يعرض على القضاء ليقول فيه كلمته سوف

---

(١) جمال مرسى بدر، تعليق على الأحكام فى مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، السنة السادسة سنة ١٩٥٥ - ١٩٥٦ العددين الثالث والرابع، ص ٢٠٧ ومابعدها.

(٢) يلاحظ أن هذه المقولة ليست صحيحة لأن مناط التكليف هو البلوغ والعقل فقط وليس مناطه الإسلام، فضلا عن أن الزواج لا يعتبر من مسائل العبادات بل هو من مسائل المعاملات وأن الحق حكماً بالعبادات. راجع الدكتور مصطفى الجمال، السابق، ص ١١٣.

يبحث ما إذا كانت شروط تطبيق الشريعة الخاصة هى التى توافرت، أم شروط تطبيق الشريعة الإسلامية. فإذا توافرت الأولى وقع الطلاق باطلا وإن توافرت الثانية وقع الطلاق بالإرادة المنفردة صحيحاً. الأمر إذن عند النزاع مآله النهائى لبحث تجريه المحكمة وتنتهى فيه إلى رأى حاسم، ونحن لا نرى وجهاً والحال كذلك، فى فرض النزاع، أن يسمح للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة، مع أن مثل هذا الطلاق متوقف فى مصيره على حكم المحكمة وهل يا ترى يستطيع الزوج الذى طلق بإرادته المنفردة أن يعتبر طلاقه قائماً وصحيحاً وأن يتصرف على ضوء ذلك بأن يتزوج من أخرى، وما الحكم لو حدث ذلك ثم قضت المحكمة بعدم صحة طلاقه لزوجته الأولى؟

وفى الاحتمال الثانى:

١٦٥- لا يثور نزاع وهنا يفتح باب التحايل على مصراعيه لكى يتواطأ الزوجان على الطلاق بالاتفاق، وهى صورة لا تعرفها الشرائع المسيحية بكافة أشكالها.

وعلى ذلك فإن رأى القضاء المصرى، ومحكمة النقض، هو عملا يسمح بالطلاق تحت مسمى الإرادة المنفردة نظرياً، إما بالاتفاق - وهذا غير جائز عند المسيحيين - وإما **بحكم المحكمة وهو الحل الوحيد الذى نرى صوابه اتفاقاً مع الرأى الثانى والسابق عرضه.**

ولهذا السبب فإننا أيضا لا نوافق على ما ذهب إليه رأى **ثالث** يحاول أن يكون وسطاً بين الاتجاهين السابقين قولا بوجوب التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى هى تلك التى يثور فيها نزاع بين الزوجين حول تطبيق الشريعة

الإسلامية، والحالة الثانية هى حالة عدم وجود نزاع فى هذا الشأن.

ففى الحالة الأولى لا يجوز للزوج أن يطلق بإرادته المنفردة، وذلك لأن وجود نزاع حول تطبيق الشريعة الإسلامية يحرم كل منهما من أن يكون له حق مترتب قبل الفصل فى هذا النزاع، وبالتالى لا يخول الزوج ايقاع الطلاق إلا بعد أن تقضى المحكمة بعدم توافر شروط تطبيق الشريعة الدينية، وأن الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق، ولا يعتد فى هذه الحالة بأى طلاق يقع إلا من [illegible] باعتبار أن الحكم هنا ينشئ الحقوق ولا يقررها. أما الحالة الثانية، أى حيث لا يقوم نزاع بين الطرفين حول تطبيق الشريعة الإسلامية، كما لو كان ذلك قد حسم بطريقة قطعية (صدور حكم قضائى مثلا أو حدوث تغيير الملة أو الطائفة بطريقة رسمية لا جدال فيها)، فإنه يكون للزوج المسيحى أن يفيد من أحكام الشريعة الإسلامية شأنه فى ذلك شأن أى زوج مسلم، وهنا يقضى له بالطلاق من تاريخ ايقاعه[١].

وكما هو واضح يفتح هذا الرأى باباً للتحايل عن طريق الاتفاق على الطلاق بين الزوجين. فضلا عن أنه يقيم تفرقة على أساس معيار غير منضبط، وهو معيار قيام النزاع أو عدم قيامه، وهى مسألة واقعية يصعب ضبطها[٢].

---

(١) توفيق فرج، السابق، ص ٢١، ٣٢٣.

(٢) رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤١٥. ويلاحظ أنه إذا طلق الذمى زوجه بإرادته وكانا لا يدينان بوقوع الطلاق كان الطلاق لغواً ولا تترتب عليه الحرمة بين الزوجين.

المطلب الثانى

الزوج المسيحى والجمع

بين أكثر من زوجة

(عندما يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية)

٦٦- أشرنا فيما سبق إلى الأحكام القضائية التى قررت - فى شأن الطلاق بالإرادة المنفردة - أنه حيث تطبق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين فإن ذلك يوجب الفصل فى النزاع طبقاً للقواعد المطبقة على المسلمين. ومن منطلق هذا المبدأ أجازت محكمة النقض للمسيحى أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة مادام مختلفاً معها ملة أو طائفة[1] وخاضعاً بالتالى لحكم الشريعة الإسلامية. ورغم أن هذا الحكم لا يتفق مع مسلمات الديانة المسيحية التى لم تعرف أية طائفة من طوائفها نظام الطلاق بالإرادة المنفردة. وقد أدى هذا الوضع إلى التساؤل حو مدى جواز يجمع المسيحى - حال خضوعه لأحكام الشريعة الإسلامية - بين أكثر من زوجة واحدة، وهل يجوز له ذلك أخذاً بعموم تطبيق الشريعة الإسلامية، إذا توافرت شروط تطبيقها؟ أم أن هذا الجمع يصطدم بمبدأ لا يمكن اغفاله عند المسيحين؟

وربما يكون السؤال، الذى يسبق البحث عن حل للتساؤل السابق، هو هل هناك نصوص مانعة - فى المسيحية - من تعدد الزوجات؟

فى الطريق للاجابة على هذا التساؤل لابد من نظرة على المناخ الذى

---

(١) أو لم يكن لطائفته قضاء منظم سنة ١٩٥٥.

ظهرت فيه المسيحية، وكيف تطورت فى مراحلها الأولى، خاصة فيما يتعلق بمفهومها عن الزواج.

فمن ناحية أولى:

٦٧- ظهرت المسيحية فى كنف الامبراطورية الرومانية، وعانت من كثير من صنوف العذاب والاضطهاد، وكان المسيح عليه السلام خلال ذلك رمزاً للمثالية الروحية، داعياً الناس إلى عدم الاهتمام بالحياة الدنيوية لأن مملكتهم ليست فى الأرض إنما فى الحياة الأخرى، لأن الحياة الدنيوية إنما هى وسيلة مؤقتة لغاية عليا هى السعادة الأبدية. وبالنسبة للزواج لم يكن المسيح معارضاً له بل مباركاً له عند حدوثه، وهو ما يستفاد من قوله عليه السلام ان الله خلق الإنسان من بدء الخليقة ذكراً وأنثى، لذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً(١).

ومن ناحية أخرى، كانت التوراة (العهد القديم) تعد مصدراً من مصادر الشريعة المسيحية، وقد نسب إلى السيد المسيح قوله فى هذا الصدد «لا تظنوا إنى جئت لأنقض الناموس أو الأنبياء، ما جئت لأنقضَ بل لأكمل»(٢).

وكان مفاد ذلك أن السيد المسيح يقر ما كان سائداً فى الشريعة اليهودية. ولقد كانت الشريعة اليهودية في مصادرها الأولى تبيح تعدد الزوجات، لذلك شاع تعدد الزوجات فى العصور الأولى للمسيحية، حتى ان

---

(١) راجع ثروت أنيس الأسيوطى، نظام الأسرة، الشرائع المسيحية، ١٩٦٧، ص ٤١ ومابعدها.

(٢) ويرى بعض الباحثين أن صحة التعبير هى : ما جئت لأنقض بل «لأطبق» وليس لأكمل).

الامبراطور فالنتنيان الثاني أصدر مرسوماً يسمح لجميع الرعايا بتعدد الزوجات، ولم يلق هذا النهج أية مقاومة أو اعتراض من جانب رجال الدين المسيحى، خاصة وأنه لم يرد فى الانجيل أى نص مباشر يمنع تعدد الزوجات.

كذلك لم يتعرض بولس الرسول مباشرة لتعدد الزوجات بنفى صريح أو اباحة صريحة[1]. وقد ثبت الأمر على هذا النحو بغير تعديل، خاصة وأن الكنيسة لم يكن لها فى القرون الأولى من المسيحية أية سلطة زمنية تخول لها اصدار تشريعات ملزمة لرعاياها حتى فى شئون الزواج.

وفى سنة ٣١٤ ميلادية صدر عن مجمع أنقره قرار بفرض عقوبة دينية على من أقدم على الزواج المتعاقب، أى مرة ثانية أو ثالثة، ولم يتعرض صراحة لمنع تعدد الزوجات. وفى سنة ٣٣٥ صدر عن مجمع نيقية أن «من تزوج امرأتين وجمع بينهما فلا يصلح حاله إلا إذا ماتت إحداهما أو طلقت»[2].

وواضح من صياغة هذه التوصية أنها صياغة وصفية لوضع مثالى وليست صياغة تقرير لمبدأ. لذلك يصح القول بأن المسيحية خلت من أية نصوص مانعة من التعدد.

- ولهذا السبب فإن من قال بأن المسيحية تمنع التعدد استند إلى تفسيرات واسعة لبعض النصوص المتعلقة بالزواج. فمن ناحية أولى تقوم فلسفة السيد المسيح على الزهد فى الحياة الدنيا. ومن هنا كان النظر إلى

---

(١) ثروت أنيس، السابق، ص ١١٥.

(٢) وقد يفهم من هذه الصياغة أن التعدد مباح ولكنه غير مستحب.

الزواج باعتباره وضعاً أدنى من العفة وحالة أقل سمواً. ولذلك فقد عاش بولس الرسول أعزباً يرى أنه يحسن للرجل أن لا يمس امرأة، وينصح غير المتزوجين والأرامل أن يظلوا عفافاً مثله. فغير المتزوج عنده «يهتم فى ما للرب كيف يرضيه. أما المتزوج فيهتم فى ما للعالم كيف يرضى امرأته». فالعفة هى الأمثل، عند من يستطيع ضبط النفس والتحكم فى الشهوات. لذلك نرى ابن العسال يقسم الزواج - استناداً إلى أقوال بولس - إلى ثلاثة أقسام: زواج مندوب إلى عقده إذا غلب على المرء الاحتراق بالشهوة، وزواج مندوب إلى تركه إذا استطاع الإنسان ضبط النفس. وزواج مباح لمن هو بين القسمين(١).

- وهذه النظرة السابقة تجعل من الزواج وسيلة تقتصر على الحد الذى يعصم المرء من الزلل. ومن هنا فهم البعض ما يفيد منع التعدد. ومن ناحية ثانية فإن هناك من النصوص المسيحية ما ينهى عن الزواج الثانى بعد انقضاء الزواج الأول، فإذا كان الأمر كذلك فإن التعدد يكون ممنوعاً ومن باب أولى(٢). وها هو بولس الرسول يقول «أما المتزوجون فأوصيهم لا أنا بل الرب أن لا تفارق المرأة رجلها، وإن فارقته فلتلبث غير متزوجة».

ومن ناحية ثالثة فقد أصدرت الكنيسة أوامر بعدم التعدد فى شأن رجال الدين حيث «يجب أن يكون الأسقف بلا لوم بعل امرأة واحدة عاقلا محتشماً». «وليكن الشماس بعل امرأة واحدة»(٣).

---

(١) ثروت أنيس، السابق، ص ٤٦.

(٢) ثروت أنيس، السابق، ص ١١٥.

(٣) ثروت أنيس، السابق، ص ١١٧. ويلاحظ أن هذه الصياغات قد يفهم منها - على العكس - أن التعدد مباح بالنسبة لغير رجال الدين.

وبعد هذا العرض للملامح الأساسية لمشكلة تعدد الزوجات من وجهة نظر المسيحية نعود إلى السؤال المطروح وهو: هل يجوز للمسيحى إذا طبقت عليه الشريعة الإسلامية أن يعدد زوجاته أم لا؟

٦٨- عرضت هذه المسألة فى قضية وصلت إلى محكمة النقض وقضت فيها بحكمها الصادر فى ١٩٧٩/١/١٧ والسابق الاشارة إليه. وكانت محكمة الاستئناف قد قضت بجواز أن يعدد المسيحى زوجاته مادام قد خضع لأحكام الشريعة الإسلامية، إذ أنه يخضع لأحكام هذه الشريعة الموضوعية شأنه شأن المسلمين.

وكانت وقائع الموضوع تتلخص فى أن زوجاً مسيحياً يختلف مع زوجته فى الطائفة أقام دعوى بالتطليق وقضى له به غيابياً، ثم تزوج من زوجة أخرى متحدة معه ملة وطائفة (من طائفة الانجيليين). ثم أقامت الزوجة الأولى، المطلقة، بعد ذلك دعوى ببطلان الطلاق الغيابى الصادر ضدها. وقد قضى لها بذلك فعادت إلى عصمة زوجها قانوناً، فأصبح هذا الزوج وعلى ذمته زوجتان رغم أن الجميع من المسيحيين، ومن هنا ثارت مشكلة صحة الزواج الثانى فى دعوى رفعتها الزوجة الأولى، وقد قضت فيها محكمة الاستئناف بجواز هذا التعدد، أخذاً بالقول بأن أحكام الشريعة الإسلامية الموضوعية هى الواجبة التطبيق بسبب اختلاف الزوج عن زوجته فى الطائفة، وبالتالى يجوز له أن يعدد زوجاته.

وقد قضت محكمة النقض بنقض الحكم الاستئنافى المذكور على أسس عديدة.

الأساس الأول:

أن المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد أوضحت أن المشرع أراد أن يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك اخلال بحق فريق من المصريين أو غير المسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم، وأن المشرع قد قصد بوضوح احترام كافة الشرائع عامة وخاصة، وأن الاخلال بالقواعد الأساسية المتعلقة بصميم العقيدة وبجوهر الديانة لم يرد بخلد المشرع وفيه مجاوزة لمراده. ويؤيد هذا النظر أن المشرع استبقى الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تستلزم الدينونة بالطلاق لسماع دعوى أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر (الكاثوليك).

الأساس الثانى:

أن الشريعة الإسلامية بوصفها شريعة القانون العام، تختص أصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم، وأن الشرائع الأخرى تختص، بصفة استثنائية، عند توافر شروط معينة، بحكم هذه العلاقات.. إلا أنه لا محل لإعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة الإسلامية، والتى يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحى بنفس حقوق الزوج المسلم، إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقاً عن ديانته وانحرافاً عن عقيدته وخرقاً لمسيحيته، طالما لا تنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام فى مصر[1]. ومن قبيل هذه المبادئ التى

---

(١) وقد تصدى حكم النقض المشار إليه لمفهوم قواعد النظام العام بأنه يشمل القواعد التى ترمى إلى تحقيق مصلحة عامة للبلاد سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية=

لا تتعارض وقواعد النظام العام في مصر، وتعتبر من الأصول العامة الأساسية في الديانة المسيحية، **مبدأ حظر تعدد الزوجات إذ لا يجوز إعمال ما يناقضه من الأحكام الموضوعية في الشريعة العامة.**

الأساس الثالث:

أن اباحة تعدد الزوجات مقيد بعدم مجاوزة الزواج من أربع ومشروط بالعدل بين الزوجات، والقدرة على الانفاق. ولئن لم يكن هذان الشرطان من شروط الصحة فينعقد الزواج صحيحاً رغم تخلفهما، **إلا أن الشخص يكون آثماً يحاسبه الله على الجور**، وعلى عدم القيام بتكاليف الزواج. فإن الخطاب في هذا الشأن - كما هو ظاهر - موجه إلى المسلمين دون غيرهم، ويغلب فيه الجزاء الديني بحيث يستعصى القول بانسحاب هذه القاعدة الدينية البحتة على من لا يدين أصلا بالعقيدة التي يستند إليها اباحة التعدد، **ويكون اجازة تعدد الزوجات للمسيحي حتى عند اختلاف الملة أو الطائفة بغير سند.**

= والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس علماني بحيث يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحياناً على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام العام القانوني، والاجتماعي المستقر في ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور عند عدم الاعتداد به، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعاً من المسلمين وغير المسلمين بغض النظر عن دياناتهم. فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعد مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضها الآخر. إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصياً أو طائفياً وإنما يتم تقديره بموضوعية متفقاً وما تدين به الجماعة في الأغلب الأعم من أفرادها وبهذه المثابة لا يمكن اعتبار مبدأ تعدد الزوجات من النظام العام بالمعنى السابق أخذاً بما هو مسلم به من قصره على الشريعة المسيحية وحدها.

«وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجعل عمدته فى قضائه إعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة، فى غير حالات انطباقها، وأباح تعدد الزوجات للمسيحى، رغم تنافره مع أصل أساسى من أصول عقيدته فإنه يكون مخالفاً للقانون».

الأساس الرابع:

إن الاجماع أخذاً بروح الانجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج المسيحى على أن الوحدة فى الزواج تعتبر من المبادئ التى تمسكت بها المسيحية فى مستهل بزوغها، ومن خصائص الزواج المسيحى أنه علاقة فردية لا يمكن أن تنشأ إلا بين رجل واحد وامرأة واحدة، فلا يجوز للرجل أن يتزوج بأكثر من امرأة واحدة فى نفس الوقت وأن هذا المبدأ من المبادئ التى سادت المسيحية طوال العشرين قرناً الماضية ولم تكن اطلاقاً موضع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة إلى شرقية وغربية وإلى أرثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية، حتى أصبحت شريعة الزوجة الواحدة لها سمة وعليها علماً، ومما مؤداه أن هذا المبدأ - وإن لم يرق إلى مرتبة النظام العام - يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على اختلاف مللها، بحيث أنه فى نطاق التعدد المعاصر للزيجات - بخلاف الزيجات المتعاقبة - يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزيجة الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه».

- هذه هى حصيلة حكم محكمة النقض المصرية، وتلك كانت الأسس التى قام عليها، ونحن إذ نؤيد الحكم فى النتيجة التى انتهى إليها، لكل ما جاء بالحكم من أسباب، فضلا عن أن تعدد الزوجات هو حق من حقوق الزوج المسلم

بصفته تلك، ولا يمتد إلى غيره ولو كان خاضعاً للشريعة الإسلامية، خاصة إذا كان متعارضاً مع أسس شريعته الأساسية. غير أنه لا يفوتنا أن نشير إلى أن هذا القضاء الأخير يظهر بوضوح عدم التوفيق الذى صادق محكمة النقض المصرية حيث أجازت للمسيحى أن يطلق بإرادته المنفردة، حال خضوعه للشريعة الإسلامية، ذلك أن جميع الحجج التى ساقتها محكمة النقض، دفاعاً عن منع التعدد، تنطبق وبذات القدر تقريباً على حالة الطلاق بالإرادة المنفردة. وهو ما يدعونا إلى مزيد من التمسك بالرأى الذى سبق وأيدناه والذى يذهب إلى عدم جواز طلاق المسيحى بإرادته المنفردة.

٦٩- وأخيراً واتفاقاً مع مبدأ حظر تعدد الزوجات عند المسيحيين نصت المادة ٢٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس بأنه «لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زوجاً ثانياً ما دام الزواج قائماً». ونصت المادة ٤١ على أن كل عقد يقع مخالفاً لأحكام المواد .... و٢٥ يعتبر باطلا ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولى القاصر وللزوجين ولكل ذى شأن حق الطعن فيه».

كما نصت المادة ٥٩ من الإرادة الرسولية للأقباط الكاثوليك:

١ - يقع باطلا عقد الزواج ممن كان مقيداً بوثاق زواج سابق ولو كان غير مكتمل.

٢ - وإن كان الزواج السابق باطلا وقد انحل لأى سبب كان، فلا يجوز عقد زواج آخر قبل أن يثبت يقيناً وعلى وجه شرعى أن الزواج السابق باطل أو أنه قد انحل.

المطلب الثالث
حكم المادة ٩٩ من لائحة
المحاكم الشرعية

٧٠- كانت الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على أن «لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق».

وقد ألغت المادة الرابعة من مواد إصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، ضمن ما ألغته من قوانين. ولكن القانون رقم ١ المشار إليه لم يتضمن نصاً بديلا يضع حكماً مماثلا لحكم المادة ٩٩ من اللائحة المذكورة. وهذا النقص التشريعي يثير مشكلة حادة. وهى كيفية معاملة حالات طلب الطلاق بين غير المسلمين إذا كانت شريعة أحدهما لا تجيز الطلاق. ونعرض لهذه المسألة بعد أن نعرض للتفسير الذى كان قائماً لهذه المادة ومبررات وجودها حتى يتسنى اتخاذ موقف فى شأن غياب نص مماثل حالياً.

أولا: مبررات المادة ٩٩ وتفسيرها وحدود تطبيقها:

٧١- جاء فى المذكرة الإيضاحية للائحة المذكورة أن هذا النص قد قصد منه دفع الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق. ذلك أن المحاكم الشرعية كانت تحكم بوقوع طلاق غير المسلم على زوجته غير المسلمة فى الدعاوى المرفوعة من أحدهما على الآخر عملا بالمادة ٢٨٠ من اللائحة. وكان يترتب على ذلك أن الزوجة التى تطلق لا تستطيع أن تتزوج مرة أخرى إذا كانت ملتها لا تسمع بالطلاق (الكاثوليك)، فتبقى معلقة

وقد تحرم من النفقة المستحقة نتيجة لتطليقها: فلا هي على ذمة زوجها ولا هي بقادرة على الزواج من آخر، لأن الزواج بوصفه زواجاً دينياً يتم أمام الكنيسة، يتعذر اتمامه ثانية بسبب تحريم الكنيسة للطلاق، وعدم الاعتراف به إذا نطقت به إحدى المحاكم. ويتحقق هذا الفرض على نحو خاص عند الكاثوليك الذين يحرمون مبدأ الطلاق. لذلك جاء نص المادة ٩٩ المشار إليه ليحول دون توفر حالة الزوجة المعلقة (أي التي قد تطلق قضائياً وتبقى على ذمة زوجها الأول دينياً بسبب تحريم الطلاق) - ويمنع القضاء من سماع دعوى الطلاق من أحد الزوجين على الآخر إلا إذا كانا - معاً - يدينان بوقوع الطلاق ولم يلغ القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ نص المادة ٩٩ المشار إليها.

ومعنى نص المادة المذكورة أنه رغم توافر شروط تطبيق الشريعة الإسلامية على الحالة المعروضة عليه في شأن غير المسلمين فإن القاضي لا يسمع دعوى الطلاق من أحدهم على الآخر إلا إذا كان الطلاق جائزاً في شريعة كل منهما.

ورغم بقاء نص المادة ٩٩ بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ إلا أن الرأي، قد اختلف، رغم ذلك، في شأن مدى العمل بها.

٧٢- ذهب رأي أول إلى أن نص م ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يطبق فقط في حالة ما إذا كانت الشريعة الخاصة هي الواجبة التطبيق أي في حالة الزوجين المتحدين مذهباً وطائفة التابعين لجهة كان لها قضاء منظم حتى سنة ١٩٥٥، وبشرط عدم تعارض الشريعة الخاصة مع النظام العام، ففي هذا الفرض وحده لا تسمع دعوى الطلاق إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوعه. أما إذا

كان الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق على أحوال غير المسلمين لاختلاف الزوجين مذهباً أو طائفة مثلا، فلا يجوز تطبيق المادة ٩٩ من لائحة المحاكم الشرعية وبالتالى تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر حتى ولو كان أحدهما لا يدين بوقوع الطلاق.

ويقوم هذا الاتجاه الأول على أساس أن المادة ٩٩ المذكورة وجدت لمواجهة حالة خاصة هى حالة «الزوجة المعلقة» - كما سبق القول - وهى - أى هذه المادة - ليست سوى استثناء على أصل عام، وما ورد على سبيل الاستثناء لا يتوسع فى تفسيره وغيره لا يقاس عليه.

٧٣- وقد أخذت بهذا المفهوم بعض أحكام القضاء المصرى حيث قضى «بأن المستفاد من نص الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية، التى تقضي بأن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، المستفاد من ذلك أن هذا النص يتبع إذا كانت شريعة غير المسلمين هى الواجبة التطبيق، أما إذا كانت الشريعة الإسلامية هى الواجب التطبيق لاختلاف ملة الزوجين فلا محل لإعمال هذا الاستثناء، والبحث فيما إذا كان الطرفان يدينان بوقوع الطلاق مادامت الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق تجيز الطلاق فيتعين إعمالها ولو كان أحد الزوجين لا يدين بوقوع الطلاق[1]، وإلا فإن القول بغـ ـر ذلك معناه أن المحكمة فى الوقت الذى ترى فيه تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بطرن ـانباً تلك الأحكام لتفسح

---

(١) اسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٢/٢٦ قضاء الأحوال الشخصية ص ٢٠١.

الطريق لتطبيق شريعة أحد الطرفين، وهذا تعارض واضح لا يمكن الأخذ به»[٢].

أما الرأى الثانى:

٧٤- فيذهب إلى وجوب تطبيق المادة ٩٩ عند تطبيق الشريعة الإسلامية على أحوال غير المسلمين الشخصية عموماً، بمعنى وجوب مراعاة حكم هذه المادة فى حالة دعاوى التطليق بين غير المسلمين. ويستند هذا الاتجاه إلى اعتبارات وحجج كثيرة أهمها:

- أن هذا الاتجاه هو الذى التزمت به المحاكم الشرعية قبل إلغائها. وقد كان ذلك، فضلا عن كونه التطبيق الصحيح للقانون، التزاماً بمنشور صدر عن وزارة العدل تحت رقم ١٨ لسنة ١٩٣١ والذى جاء به أن على المحاكم الشرعية أن تفصل فيما يرفع إليها من دعاوى الطلاق بين غير المسلمين وفق المنهج الشرعى مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

---

(١) اسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٦/٢٥ أشار إليه توفيق فرج، السابق ص ٣٠٦.
وراجع توفيق فرج، الطبعة الأولى من كتاب أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين ص٣٥٨ ومابعدها، حيث كان يؤيد هذا المذهب على سند من القول من أن رفع الحرج الذى استهدفته المادة ٩٩ من اللائحة كان قائما مع وجود المجالس الملية أما بعد إلغائها فقد أصبح الاختصاص كله بيد المحاكم الوطنية التى تحكم بالطلاق إذا رأت وجها لذلك ولن تعد الزوجة فى هذه الحالة نفسها مرتبطة بأى زواج مما ينتفى معه الحرج.. وكان حرياً بالمشرع أن يلغى نص المادة ٩٩ ضمن النصوص التى ألغاها، وقد عدل سيادته عن هذا الرأى بعد ذلك فى [illegible] اللاحقة.

- الأمر الثانى أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لم يورد ضمن نص المادة ١٣ منه المادة ٩٩ من بين النصوص الملغاة. وبالتالى فالنص مازال قائما قانونا ويجب الالتزام بحكمه. بل ان هذا النص يعتبر من النصوص الآمرة المتعلقة بالنظام العام، والتى لا يجوز بالتالى الاتفاق على مخالفتها. ويجب على القاضى أن يحكم بعدم سماع الدعوى من تلقاء نفسه، إذا ما تبين له من أوراق الدعوى أن أحد الزوجين لا يدين بوقوع الطلاق.

- الأمر الثالث أنه ليس صحيحاً أن الحرج لم يعد قائماً بعد توحيد القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية (بعد إلغاء المجالس الملية والمحاكم الشرعية) ذلك أن مرد الحرج لم يكن قط بسبب تعدد جهات القضاء، إنما كان مرده، ومـا زال، هو أن الزواج عند المسيحيين هو، وبصفة أساسية، زواج دينى، فإذا صدر حكم من القضاء بتطليق زوجة من زوجها فإنها لن تستطيع الزواج مرة ثانية، بسبب امتناع الكنيسة عن ابرام هذا الزواج الثانى لأنها - أى الكنيسة - لن تعترف دينياً بحكم الطلاق.

٧٥- وقد أيدت كثرة من المحاكم، وكذلك محكمة النقض المصرية، هذا الاتجاه الثانى حيث قضت «بأن نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، أى أن يكون الطلاق مشروعاً فى ملة الزوجين غير المسلمين، ولو توقف على حكم من القاضى، إذ أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك. وهذا النص يؤكد قصد المشرع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة والملة إلا لبحث دينونتها

بوقوع الطلاق فقط»[1]. وأن هذا النص يستهدف حماية الزوجة التى لا تعترف ملتها بالطلاق مع استحالة زواجها بآخر طبقاً لتقاليد ملتها وذلك برفعها الحرج والمشقة عنها[2].

الخلاف حول نطاق تطبيق المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية:

٧٦- رغم غلبة الرأى القائل بوجوب تطبيق الفقرة الأخيرة (٧) من م ٩٩ فى حالة استحقاق تطبيق الشريعة الإسلامية إلا أن التساؤل ثار حول نقطتين: الأولى هي تحديد فئات المسيحيين التي تخضع للمادة المذكورة، والثانية تدور حول تحديد معنى الدينونة بالطلاق. ونعرض لكل منهما فيما يلى:

أ - تحديد فئات المسيحيين الخاضعة للمادة ٧/٩٩ من اللائحة:

اختلف الرأى فى هذا الشأن:

الرأى الأول:

٧٧- إلى أن نص المادة ٧/٩٩ ينطبق على جميع المسيحيين بغير استثناء. ذلك أنه لا يوجد من بين فئات المسيحيين من يدين بوقوع الطلاق أصلا. ويؤكد ذلك أن المادة ٧/٩٩ استخدمت لفظ الطلاق. وهذا اللفظ ينطبق

---

(١) نقض ١٩٦٣/٢/٦ مجموعة الأحكام س ١٤ ع١ ص ٢١٠، ١٩٧٦/١٢/١٥ مجموعة الأحكام س ٢٧ ع٢، ١٧٥٨.

(٢) القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٢/١٥ قضاء الأحوال الشخصية،جزء ٢ ص ٢٢٣.
وراجع الأحكام العديدة المشار إليها فى مجلد الأحوال الشخصية الصادر عن نادي القضاة، الكتاب الثالث، ١٩٨٠، ص ٦٤ ومابعدها.

على فض الرابطة الزوجية بالإرادة المنفردة، وهو أمر لا يدين به أى مسيحى أياً كانت عقيدته أو طائفته[1] لأن جميع المسيحيين الذين تسمح عقائدهم بإنهاء الرابطة الزوجية إنما يعرفون فقط نظام التطليق الذى لابد أن يتم بحكم القاضى ولأسباب محددة. وبناء على ذلك فإن استخدام لفظ الطلاق (وليس التطليق) يؤدى إلى عدم تطبيق الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية فى شأن الطلاق على أية أسرة مسيحية ولو تخلف فيها شرط الاتحاد فى العقيدة أو الطائفة. فإذا كان المشرع قد منع تطبيق الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية فى شأن الطلاق على أية أسرة مسيحية، ولو تخلف فيها شرط الاتحاد فى العقيدة أو الطائفة، فمعنى ذلك أنه قصر امكان توقيع الطلاق كما هو معروف في الشريعة الإسلامية على اليهود فقط وهم وحدهم غير المسلمين ممن يدينون بوقوع الطلاق. أما المسيحيون على اختلاف مللهم وطوائفهم فلا يدينون بوقوع الطلاق ومن ثم لا تطبق عليهم أحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن. ومعنى ذلك - يضيف هذا الرأى الأول - أنه إذا اختلف الزوجان فى الملة أو الطائفة فلا يجوز للزوج أن يطلق زوجته فى هذه الحالة حسب أحكام الشريعة الإسلامية بإرادته المنفردة وإذا فرض أن أحد الزوجين تقدم بطلب تطليق إلى المحكمة فإن تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا الطلب لا نص عليه، لأنه من ناحية لا تنطبق شريعة الزوجين

---

(١) معنى ذلك عند هذا الرأى أن المادة ٧/٩٩ لا تسمح بسماع دعوى التطليق بين غير المسلمين إلا فى حالة اليهود. لأنهم وحدهم يعرفون نظام الطلاق على غرار ما تعرفه الشريعة الإسلامية، سمير تناغو، السابق، ص ٧٣، حلمى بطرس، السابق، ص ٩٩.

لعدم وجود شريعة واحدة لهما، وفى الوقت نفسه لا تنطبق الشريعة الإسلامية لأنها لا تسرى على أسرة مسيحية فى مسائل الطلاق».

لذلك يستطيع القاضى الاستهداء بقواعد القانون الدولى الخاص فى هذا الشأن فيطبق شريعة الزوج وقت رفع الدعوى. فإذا كان الزوج أرثوذكسياً مثلا حكم القاضى بالتطليق إذا توافر سبب من الأسباب التى تقضى فيها هذه الحالة بالتطليق وإذا كان الزوج كاثوليكياً فلا يحكم القاضى بالتطليق[1].

الرأى الثانى:

٧٨- وهو الرأى الذى نعتقده أكثر اتفاقاً مع المعنى الصحيح للمادة ٧/٩٩ من اللائحة ويذهب إلى أن الذى يستفيد من هذا النص هم فقط الكاثوليك بطوائفهم المختلفة، باعتبار أن هذه الطائفة فقط هى التى لا تدين بوقوع الطلاق. أما الفئات الأخرى من المسيحيين فهى تدين بوقوع الطلاق لأسباب مختلفة. **ويقوم هذا الرأى على الحجج الآتية:**

٧٩- ١ - أن معنى الطلاق لغة هو رفع القيد، وشرعاً هو رفع قيد النكاح بلفظ خاص، وبهذا التعريف يكون الطلاق أو التطليق بمعنى واحد. وكل تفرقة بينهما مردها العرف. ولذلك عبّرت القوانين الوضعية التى تطبقها محاكم الأحوال الشخصية عن الطلاق للضرر، والطلاق للعيب، والطلاق للغيبة والاعسار.. وطلقها القاضى طلقة بائنة.. وإن كان الطلاق فى هذه المواضع

---

(١) سمير تناغو، الموضع السابق.

بحكم المحكمة. ومن ذلك يستعين أن المراد أن يكون مبدأ الطلاق مشروعاً في مذهب الزوجين، وإن توقف على حكم القاضي بعد التحقق من موجبه من وقوع زنى أو تغيير دين[١] أو استحكام نفور ... الخ، فضلاً عن أنه لا يعقل، إزاء ذلك، أن يكون المشرع، وهو يتكلم عن علاقات غير المسلمين، وبالذات عن علاقات المسيحيين، قد جهل بحقيقة أن المسيحيين لا يعرفون إنهاء الزواج بالإرادة المنفردة. فالصحيح أن المشرع قد قصد بكلمة الطلاق إنهاء الزواج بحكم القاضي[٢].

٢ - أن المادة ٧/٩٩ اشتملت على «مستثنى منه ومستثنى»، وحكم المستثنى دائماً غير حكم المستثنى منه. وقد بيّنت المذكرة التفسيرية ذلك حين ذكرت أن بعض الطوائف يدين بالطلاق وبعضها لا يدين به، كما بينت الحكمة من وضع هذه المادة[٣].

٣ - أن وزارة العدل كانت حريصة دائماً على اصدار العديد من المنشورات الموجهة للمحاكم الشرعية تبين أن المقصود بالمادة ٧/٩٩ هو بالتحديد طائفة الكاثوليك باعتبار أنها الطائفة الوحيدة، من بين الطوائف المسيحية، التي لا تدين بوقوع الطلاق.

---

(١) استئناف القاهرة ١٣/١٢/١٩٥٨ القضية ١٨٧ س ٧٤ ق، مجلد الأحوال الشخصية الصادر عن نادي القضاة، الكتاب الثالث ص ٦٨.

(٢) راجع أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٩٩ ومابعدها، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٤٩٤.

(٣) استئناف القاهرة ١٣/١٢/١٩٥٨ السابق الاشارة إليه.

٨٠- وهو ما كانت تعمل بمقتضاه فعلا المحاكم الشرعية. ولذلك فإنه لو صح أن المادة ٧/٩٩ تنصرف إلى كافة طوائف المسيحيين لترتب على ذلك نتيجة غريبة وغير مقبولة، وهى أن الزواج الذى ينعقد بين مختلفين فى الطائفة أو المذهب، أو الزواج الذى ينعقد بين مسيحيين متحدين، ثم يصيران بعده مختلفين فى الطائفة أو المذهب، يظل زواجاً أبدياً لا ينحل إلا بالوفاة. ذلك أن مؤدى تطبيق المادة ٧/٩٩ على جميع المسيحيين كان يؤدى إلى أن تقضى المحاكم الشرعية - عند انعقاد الاختصاص لها - بعدم سماع الدعوى (أى دون أن تتعرض لموضوعها). وفى نفس الوقت لا يستطيع الزوجان الالتجاء إلى قضاء ملى آخر لاختلافهما فى المذهب أو الطائفة، لأن المجالس الملية كان اختصاصها مقصوراً على المتحدين مذهباً وطائفة[1].

٨١- وقد أيدت محكمة النقض هذا الاتجاه الثانى فى العديد من أحكامها حيث قضت بأنه «لا وجه للتحدى فى هذا الصدد بأن الدين المسيحى على اختلاف مذاهبه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة، ذلك أن المقصود من المادة المشار إليها أن يكون الطلاق مشروعاً فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقف على حكم من القاضى، وأنه لا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة إلا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق، وأن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك»[2]. وأن المشرع قصد بالمادة ٧/٩٩ التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق، فأجاز سماع دعوى

---

(١) ايهاب اسماعيل، السابق، ص ٢٩٩.

(٢) نقض ١٩٧٤/١/١٤ مجموعة الأحكام س ٢١ ع١ ص ٩٦.

الطلاق بالنسبة لها، والطوائف التى لا تدين بالطلاق - وهى طوائف الكاثوليك - فمنع سماع دعوى الطلاق بالنسبة لها دفعاً للحرج والمشقة. فإذا كان الثابت أن الطرفين مختلفا الملة والطائفة، ولا ينتمى أحدهما إلى طائفة الكاثوليك، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بعدم سماع الدعوى يكون قد خالف القانون مما يتعين معه نقضه»(١).

ب - تحديد معنى الدينونة بالطلاق:

٨٢- من المسلم به، على ضوء ما سبق ذكره، أنه إذا كان أحد الزوجين كاثوليكيا - أى لا يدين بالطلاق - فإن على المحكمة أن تقضى بعدم سماع دعوى التطليق المرفوعة من الطرف الآخر أياً كان مذهبه (بروتستانتيا أو أرثوذكسيا). وهذا المعنى واضح في العديد من أحكام القضاء التي تعرضت لهذا الموضوع.

- ولكن السؤال الآخر الذى أثير فى هذه المسألة هو هل المقصود بالدينونة بالطلاق أن يعتقد كل من طرفى الدعوى فى مبدأ الطلاق، أى أن يكون الطلاق جائزاً فى عقيدته من حيث المبدأ؟ أم يشترط فضلا عن ذلك أن يكون الطلاق جائزاً عند كل منهما للذات السبب الذى رفعت به الدعوى؟ ذلك أن أسباب الطلاق عند المسيحيين - الذين يجيزونه - متعددة

---

(١) نقض ١٩٦٣/٢/٦ مجموعة الأحكام س ١٤ ع١، ص ٣١١، ١٩٧٦/١٢/١٥ ص ٧٢ ع٢، ص ١٧٥٨، ١٩٧٦/١٢/٢٩ س ٢٧ ع ص ١٨٥١، ويلاحظ أن حكماً شاذاً صدر عن محكمة الاسكندرية فى ١٩٦٠/٦/١٦ قضاء الأحوال الشخصية ص ٢١٨ ذهب إلى أنه حتى بالنسبة للكاثوليك فإنهم يدينون بوقوع الطلاق فى حالة الزنا.

وتختلف أحياناً من طائفة إلى أخرى، من حيث مضمون السبب، وأحياناً من حيث شروط قيامه.

- فمثلا لو أن خلافاً حول طلب التطليق الذى تقدم به زوج أرثوذكسى قبطى رفع الدعوى استناداً إلى مرض زوجته، التى هى من طائفة الانجليليين فدفعت الزوجة بعدم سماع الدعوى لأن طائفة الانجيليين لا تدين بالطلاق لهذا السبب (حيث لا طلاق عندهم إلا لعلة الزنا أو بسبب الخروج عن الدين المسيحى).

فهل يقبل هذا الدفع رغم أن كل من طائفة الزوج وطائفة الزوجة تدين بوقوع الطلاق من حيث المبدأ، وإن كانت الأسباب عندهم ليست واحدة فى جميع الحالات؟

٨٣- ذهبت محكمة القاهرة الابتدائية فى حكم لها سنة ١٩٥٧ إلى عدم سماع الدعوى بالطلاق إذا ما استند رافعها إلى سبب لا يدين به طرفا الدعوى معاً. ومعنى ذلك عند هذا الاتجاه أنه يشترط لسماع الدعوى أن يدين طرفا الدعوى بمبدأ الطلاق ولذات السبب[1].

غير أن هذا المذهب الأخير كان يقوم على تفسير تحكمى للمادة ٧/٩٩ من اللائحة، ويُعْمِلُ تفرقة بين الاعتقاد بالطلاق من حيث المبدأ، والاعتقاد فى الطلاق قائماً على سبب محدد.

---

(١) راجع: محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٧/١٠/٢٧ قضاء الأحوال الشخصية، جزء ٢، ص٢١٧.

وهو اجتهاد لا سند له من النص، فضلا عن أنه يؤدى، فى غالب الحالات، إلى عدم تطبيق الشريعة الإسلامية تماماً، فى حالات يستبعد فيها القانون تطبيق الشريعة الخاصة لعدم توافر شروط تطبيقها.

- وعلى هذا النحو ينتهى الفقه فى معظمه[1] إلى أنه يكفي لسماع دعوى الطلاق، من أحد المسيحيين على الآخر، أن يكون مبدأ الطلاق مسموحاً به عندهما، حتى ولو اختلفت الأسباب، أى لا يشترط فى الديونة بالطلاق أن تكون لذات السبب.

٨٤- وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «مؤدى الفقرة ٧ من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - أن دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، أى أن الملة الوحيدة التى لا تجيز التطليق هى ملة الكاثوليك، وهذا النص يؤكد قصد الشارع من أنه لا يرجع لشريعة الزوجين، عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة، إلا لبحث ديونتهما بوقوع انطلاق فقط لا الطلاق المدعى به»[2].

شرط الديونية بالطلاق بعد العمل بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠:

٨٥- صدر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ وألغى فى المادة الثالثة من مواد الاصدار لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى تضمنت الفقرة السابعة من المادة

---

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ٣٩٨ ومابعدها، وتوفيق فرج، السابق، ص ٣١٢ ومابعدها، رمضان أبو السعود، السابق ص ٥٠٢.

(٢) مثلا نقض ١٩٦٨/٢/١٤، مجموعة الأحكام، س ١٩، ع١، ص ٢٩٣.

٩٩ سالفة الذكر. ولم يورد القانون المذكور نصاً بديلا للمادة ٩٩ من اللائحة الملغاة.

وقد أثار هذا الوضع تساؤلا حول سماع دعوى التطليق بين زوجين غير مسلمين إذا كان أحدهما (كاثوليكياً) لا يؤمن بوقوع الطلاق، فى غياب نص مماثل لنص المادة ٩٩ من اللائحة المشار إليها.

وتبدو المشكلة أكثر دقة وحساسية فى ضوء أن القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ أورد نصاً آخر مختلفاً هو نص الفقرة الثالثة من المادة ١٧ على النحو الآتى:

«لا تقبل دعوى الطلاق بين الزوجين غير المسلمين متحدى الطائفة والملة إلا إذا كانت شريعتها تجيزه».

ووجه المغايرة مع المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية واضح. فهذه المادة الأخيرة كانت تعرض لدعوى الطلاق المرفوعة من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر، إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق، ولم تكن تقيد الحكم بكون الزوجين متحدى الملة والطائفة، وكان التفسير المستقر للمادة ٩٩، وكما سبق أن عرضنا، لدى محكمة النقض هو أن المادة تقصد أن يكون أحد الزوجين كاثوليكياً، حيث أن ملة الكاثوليك هى الملة التى لا تجيز الطلاق. وبالتالى كان عدم سماع دعوى التطليق مقصوراً على هذا الفرض. وكان الواقع هو دفع الحرج والمشقة الذى يقع فيه الطرف الذى لا يدين بوقوع الطلاق إذا ما قضى للآخر بالتطليق وفقاً للشريعة الإسلامية (لاختلاف الملة أو الطائفة مثلا). وهذا الهدف العملى والجيد الذى وقف وراء وضع المادة ٩٩ من اللائحة المشار إليها، ليس مجرد موقف تشريعى اعتباطى إنما تقف وراءه، إلى جانب رفع الحرج

والمشقة عن من لا يدين بالطلاق، أن الزواج عند المسيحيين هو زواج دينى بالدرجة الأولى، وهو سر من أسرار الكنيسة عند الكاثوليك والأرثوذكس، ولا جدوى بالتالى من أن تسمع دعوى التطليق ويحكم به لأحد الزوجين (الذى يدين بالطلاق) ويظل الآخر (الذى لا يدين بالطلاق) معلقاً، يمتنع عليه الزواج دينياً لاستمرار رابطة الزوجية قائمة فى حقه، من الناحية الدينية والكنسية. بل ان مضمون نص المادة ٩٩ يعد من قبيل قواعد النظام العام التى لا يجوز الخروج عليها.

وقد أكدت محكمة النقض المصرية – كما سبقت الاشارة فى موضع سابق – على تأكيد المعانى التى تقف خلف المادة ٩٩ من دفع المشقة والحرج، ومن أن الطائفة المقصودة هى طائفة الكاثوليك[١].

ويضيف بعض الفقه، وبحق، أن ما سبق جدير بالتأييد لأن «تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة يجب أن يتقيد بعدم مخالفة حكم هذه الشريعة مع ما يعد عقيدة أساسية لدى غير المسلمين، والقول بإيقاع الطلاق برغم تحريم العقيدة الدينية لهو أمر يوقع الحرج بين غير المسلمين لاتصال ذلك بما يعد أساساً من الحلال والحرام فى عقيدتهم»[٢].

– وفى رأينا أن كل ما سبق يرشح حكم المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية للتطبيق رغم إلغاء النص ضمن الغاء اللائحة ذاتها، وذلك للأسباب

---

(١) راجع: رمضان أبو السعود، السابق، ١٩٦٨/٢/١٤ طعن ٨ س ٣٦ قلزشار اليه ص ٤٩٠.

(٢) رمضان أبو السعود، المرجع السابق.

الآتية:

- أن عدم سماع دعوى التطليق إذا كان أحد الزوجين لا يدين بوقوع الطلاق هو دفع موضوعى بعدم القبول يتعلق بالنظام العام[1]. وتعلقه بالنظام العام مستمد من مضمون ومبررات وغايات الحكم الوارد فى المادة المذكورة. ومن المسلم به أن قواعد النظام العام الآمرة قد تنبئ عنها نصوص بلفظها وقد تستمد من قواعد أساسية يحرص المجتمع على إعلاء قيمتها. وحكم المادة ٩٩ لا يستمد قوته من شكلية وروده فى النص بل من ذاتية موضوعية. وهذه الذاتية التى تفرض نفسها بغير نص إنما تعود إلى أنه لا يجوز السماح بالطلاق لطرف حال بقاء الآخر مقيداً برباط الزوجية دينياً. هذا القيد الذى تفرضه عقيدته وفق مبدأ أساسى فيها لا يجوز الخروج عليه. ففى هذا الفرض لا فكاك لشريعة أحد الزوجين عن شريعة الآخر. وهى قاعدة عدالة بديهية يفرضها المنطق القانونى السليم دون حاجة إلى نص خاصة وأن المشرع المصرى، وكذلك القضاء المصرى، يقر الطابع الدينى للزواج المسيحى - خاصة عند الكاثوليك بغير جدال.

٨٦- يبقى دفع شبهة تترتب على نص الفقرة الثالثة من المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. وقد يقال ان المشرع أسقط نص المادة ٩٩ (بإلغاء لائحة ترتيب المحاكم الشرعية) عمداً، بدليل أن أورد نص الفقرة الثالثة من المادة ١٧ سالفة الذكر، وبصياغة وحكم مختلفين.

---

(١) نقض ١٠/٤/١٩٨٤ طعن ٣١ لسنة ٥٣ ق.

والرد على ذلك من ناحيتين:

الأولى: أننا تمسكنا بوجوب تطبيق حكم المادة ٩٩ رغم إلغاء اللائحة لأسباب سلف عرضها تتعلق بحتمية الحكم موضوعياً باعتباره مبدأ عاماً تمليه مبررات القاعدة، التى مازالت قائمة، وعليه الطابع الدينى للزواج المسيحى والذى يقره المشرع المصرى تماماً.

الثانية: أن حكم الفقرة الثالثة من المادة ١٧ سالفة الذكر يضحى بغير معنى مادام المشرع اشترط لعدم قبول دعوى الطلاق أن يكون الطلاق جائزاً فى شريعة الزوجين المتحدين ملة وطائفة لأن معنى ذلك أنه لا جديد فى النص. لأن الطبيعى إذا كانت شريعة الزوجين واجبة التطبيق فهى التى تحكم الطلاق دون حاجة إلى النص، اللهم إلا إذا كان المشرع يقصد أن يكون الزوجان من غير الكاثوليك فيبقى عدم القبول مقصور على الزوجين الكاثوليكين وهو تحصيل حاصل.

- غير أننا نستبقى من وجود هذا النص الجديد (مادة ٣/١٧) أن حكمه يطبق بطريق القياس من باب أولى إذا كان أحد الزوجين فقط لا يدين بوقوع الطلاق، ويكون للقياس هنا مغزاه وفائدته فما أصرت عليه محكمة النقض من علة لنص المادة ٩٩ وهى دفع المشقة والحرج وتفادى فرض الزوجة المعلقة، واحتراماً لمبدأ عدم قابلية الزواج الكاثوليكى للانفصال[١].

---

(١) راجع: مصطفى الجمال، الأحوال الشخصية لغير المسلمين فى ظل أحكام القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ - ٢٠٠١ - ص ٩٩ وص ١٤١، وقارن عكس ذلك، عصام أنور سليم، السابق، ص٢٦١، الذى يرى أن هذا الحل يفتقر إلى أى أساس قانونى يصلح تبريراً له، ولابد من تدخل المشرع بقانون ينص على حكم تشريعى مماثل لحكم المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

المبحث الثالث

مفهوم النظام العام فى مواجهة تطبيق الشريعة الخاصة

٨٧- نصت المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ثم من بعدها المادة الثالثة من مواد اصادر القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وعلى ما سلف ذكره على أن تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة ..... فى نطاق النظام العام، طبقاً لشريعتهم.

ويواجه هذا الحكم فرض توافر شروط تطبيق الشريعة الخاصة بتوافر الاتحاد دينا وملة وطائفة، ووجود قضاء منظم فى مصر عند صدور قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[1]، وأنه رغم توافر هذه الشروط فإن حكم الشريعة الخاصة، الواجبة التطبيق، يصطدم بالنظام العام. فإذا ما ثبت ذلك أمام المحكمة تعين عليها أن تستبعد حكم الشريعة الخاصة، وأن تطبق على العلاقة أحكام الشريعة الإسلامية. وعلى هذا النحو تكون مخالفة النظام العام مانعاً من تطبيق الشريعة الخاصة رغم توافر شروط تطبيقها. وقد عبّر بعض الفقه عن هذا الوضع بالقول بأن **الشريعة الإسلامية تقوم - فى هذا الفرض - بوظيفة احتياطية إلى جانب وظيفتها الأصلية**. ذلك أن القاضى لا يصل إلى هذه المرحلة إلا بعد أن يتحقق من توافر شروط تطبيق الشريعة الخاصة، وهى

---

(١) أى حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥.

الاتحاد فى الملة والطائفة ووجود جهة قضائية منظمة عند صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، فبعد التحقق من توافر هذه الشروط يبحث القاضى عن القاعدة الواجبة التطبيق فى هذه الشريعة الخاصة، وبعد أن يحدد تلك القاعدة يبحث فيما إذا كانت تخالف النظام العام فى مصر. فإذا تبين له أن القاعدة الواجبة التطبيق تصطدم بالنظام العام تعين عليه أن يستبعدها ويطبق بدلا منها حكم الشريعة العامة وهى الشريعة الإسلامية. ويبدو هذا البحث الأخير أكثر صعوبة فى التطبيق لأن الاصطدام بالنظام العام مسألة ليست باليسيرة نظراً لأن فكرة النظام العام ذاتها - خاصة فى مجال الأحوال الشخصية - صعبة التحديد، لاتصالها باعتبارات عديدة معقدة فى ذاتها متطورة زماناً ومكاناً. وهذه العقبة التى قد تثور فى وجه الشريعة الخاصة ليست غريبة على النظام القانونى. فهى معروفة فى القانون الدولى الخاص فى مجال تنازع القوانين حيث نصت المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى على أنه «لا يجوز تطبيق أحكام القانون الأجنبى إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر». ويلاحظ أن هذا الاستشهاد بفكرة النظام العام، فى نطاق تنازع القوانين، لتبرير العمل بها فى نطاق قوانين الأحوال الشخصية الداخلية، قد يبدو غريباً، لأن المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، ثم من بعدها المادة الثالثة من مواد اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، حين تقرر إعمال فكرة النظام العام فى مواجهة الشريعة الخاصة إنما تصل بها إلى استبعاد القانون الأجنبى، لأن القانون الأجنبى قد يكون متنافراً مع أصول القانون الوطنى، أما الشرائع الخاصة بغير المسلمين فهى شرائع داخلية تكوّن أجزاءً من نظام قانونى واحد، والأصل فيها أنها متناسقة

وغير متعارضة[١]. غير أن هذه الغرابة تتبدد إذا ما لاحظنا أن شرائع المصريين غير المسلمين المتعلقة بالأحوال الشخصية مستمدة من مصادر متنوعة ومتعددة وكثير منها مأخوذ عن قوانين أو أعراف أجنبية قامت بنقلها إلى مصر الهيئات والرئاسات الدينية التى كانت تشرف على الطوائف المختلفة. لذلك كان من الطبيعى، والحال على هذا النحو، أن تأتى بعض قواعد الشرائع الخاصة متعارضة مع قواعد النظام العام فى مصر، وبالتالى يكون التحفظ الوارد فى المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، والمادة الثالثة من مواد اصدار القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، والخاص بالنظام العام أمراً مفهوماً ومقبولاً. ولقد أثبت العمل فى بعض الحالات مجالات لتطبيقه وجدواه. ونعرض فيما يلى، لمفهوم النظام العام ثم لتطبيقاته فى مجال الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

---

(١) أحمد سلامة، السابق ص ٣٣٩.

المطلب الأول

تحديد مفهوم النظام العام

٨٨- تعتبر فكرة النظام العام من أكثر الأفكار صعوبة فى عالم القانون، ولذلك كان تحديد كنهها ومضمونها أمراً بالغ التعقيد والمشقة. ومن هنا كانت صعوبة الوصول فى شأنه إلى تعريف محدد. ولقد حاول الفقه أن يجد تعريفاً للنظام العام فى إطار صياغات متعددة ومتنوعة. فهو عند البعض مجموعة المبادئ الأساسية التى يقوم عليها النظام الاجتماعى[1] واللازمة لممارسة الدولة لوظائفها وترتيب مؤسساتها[2]، أو هو مجموعة من الأطر التى يستند إليها المجتمع فى بنيته الأساسية[3]. وهو، أى النظام العام، يمثل الوضع «الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم، فهو وضع أو حالة، وليس قانونا أو مبدأ أو مجموعاً من القوانين والمبادئ»[4]. وهو وسيلة فنية فى يد القاضى يصل بها

---

(١) راجع: حيرار فارجا، النظام العام الاقتصادى، باريس ١٩٦٣، ص ٢٩.

(٢) راجع: كابيتان، مقدمة دراسة القانون المدنى، رقم ٢٧.

(٣) مالورى، النظام العام والعقد، باريس ١٩٥٣، ص ٤١

(٤) أحمد سلامة، السابق، ٣٤٠.

وراجع: نقض ١٩٧٩/١/١٧ الطعن رقم ١٦ و٢٦ س ٤٨ ق المجموعة س ٣٠ العدد الأول ص ٢٧٦: «من المتفق عليه أنه يشمل القواعد التى ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد وتقوم فكرته على أساس مذهب علمانى بحت.. وإن كان هذا لا ينفى قيامه أحياناً على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى المستقر فى ضمير الجماعة، بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به.

إلى بعض النتائج[1]، وإلى حد ما له فى شأنها سلطة خلاقة يدافع بها عن القيم التى يرتبط بها المجتمع.

غير أن هذه الفكرة العامة السابقة لا تضيف كثيراً فى شأن موضوع ما نحن بصدده، لأن النظام العام فى نطاق الأحوال الشخصية يرتبط إلى حد ليس بالقليل باعتبارات دينية مستمدة من الشريعة الإسلامية. ومن هنا كان السؤال عن مضمون النظام العام الذى يؤدى الى استبعاد الشريعة الخاصة، لتحل محلها قواعد الشريعة الإسلامية، أو قواعد النظام العام المصري بصفة عامة.

لذلك يتعين أن نجيب على تساؤل أول مفاده هل النظام العام الذي يؤدى إلى استبعاد الشريعة الخاصة هو أحكام الشريعة الإسلامية، أى هل هو النظام العام بمفهوم دينى؟

أم أن النظام العام المقصود هو فى جوهره فكرة علمانية مستمدة من القواعد الأساسية فى القانون الوضعى؟

أم أنه يجمع بين المعنيين السابقين ليكون نظاماً عاماً مختلطاً؟

ونعرض لكل من هذه التساؤلات فيما يلى:

أولا: النظام العام والشريعة الإسلامية:

٨٩- يعتبر الإسلام دين الدولة الرسمى، وانطلاقاً من هذا المفهوم نص

---

(١) أحمد سلامة، السابق. وراجع، رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤١٧ وما بعدها، المستشار عبد الحميد الشواربى، الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين، ٢٠٠١، ص ١١٤ وما بعدها.

الدستور المصرى سنة ١٩٧١ فى مادته الثانية أن «الاسلام دين الدولة. ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع». وهذا النص يعبّر عن أن الدين الإسلامي وشريعته هو الركيزة الجوهرية للأحكام القانونية فى النظام المصري. والمشرع مطالب عند اصداره التشريعات المختلفة أن يلتزم فى شأنها حكم المادة الثانية سالفة الذكر بألا يحيد عن الشريعة بحسبانها المصادر الرئيسى لما يصدره من تلك التشريعات، ابتداء من تاريخ سريان النص الدستورى. وفى ضوء هذا لابد أن يقوم ارتباط وثيق بين النظام العام والشريعة الإسلامية فى مصر. ومن هنا يكون البحث عن مفهوم النظام العام وفقاً للشريعة الإسلامية.

٩٠- قد يتصور القول بأن النظام العام فى الشريعة الإسلامية هو جميع أحكام هذه الشريعة خاصة فى نطاق الأحوال الشخصية الذى نبحث فيه. ويمكن أن يقوم هذا التصور على أساس أن الشريعة الإسلامية هى الشريعة العامة فى هذا المجال، كما أن القانون المصرى لم يشترط اتفاق أحكام الشريعة الإسلامية مع النظام العام الأمر الذى يفيد أن المشرع قد افترض أن هذه الأحكام نفسها تكون النظام العام.

٩١- غير أن هذا التصور الأول لا يمكن التسليم به[1] لأكثر من سبب.

السبب الأول:

هو أن الأخذ بهذا المنطق السابق يؤدى إلى استبعاد تطبيق جميع

---

(١) جميل الشرقاوى، السابق، ص ٥٧٦. رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤٢٥ ومابعدها.

الشرائع غير الإسلامية دائماً، لأن الشريعة الإسلامية نظمت جميع مسائل الأحوال الشخصية ووضعت لها حلولاً شرعية. وبالتالى فإن القاضى سوف يستبعد أية قاعدة لا تتفق مع حكم الشريعة الإسلامية، وعندما يطبق الشريعة الخاصة لن يطبقها إلا إذا كانت مطابقة لحكم الشريعة الإسلامية، أى كأنه هنا أيضاً يطبق الشريعة الإسلامية.

وهذه النتيجة تصطدم بقصد المشرع فى تمسكه بمانع النظام العام. ذلك أن المشرع فى النصوص سالفة الذكر تصور امكانية تطبيق الشرائع الخاصة بغير المسلمين بدليل أنه وضع لهذا التطبيق شروطاً، هى الاتحاد فى الملة والطائفة ووجود قضاء ملى منظم حتى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥، ثم يأتى مانع النظام العام أحياناً ليحول دون هذا التطبيق.

- فإذا قلنا أن كل أحكام الشريعة الإسلامية هى من النظام العام، بحيث تطبق دائما على أحوال غير المسلمين، إما بطريق مباشر، وإما بطريق غير مباشر، حيث تتفق معها قواعد الشريعة الخاصة، فإن قاعدة تطبيق الشريعة الخاصة سالف الذكر سيكون لغواً من المشرع يجب أن يكون منزهاً عنه[1].

السبب الثانى:

٩٢- أن فقهاء الشريعة الإسلامية أنفسهم لا يرون أن جميع أحكامها متعلقة بالنظام العام، فهم يفرقون بين مجموعتين من القواعد:

---

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ٣٤٢.

المجموعة الأولى:

تشمل القواعد التى يراعى فيها مسايرة الزمن حسب تطوره وتطور الظروف والأحوال، وهذه القواعد ليست فقهاً ثابتاً بل هى فقه مرن يستجيب باستمرار وباختلاف الزمان والمكان لمقتضيات التطور والتغيير، وهى ليست قواعد النظام العام.

أما المجموعة الثانية:

فتشمل المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية والتى لا تقبل التغيير أو التعديل ولا مجال للاجتهاد فيها من زمن إلى زمن أو من مكان إلى مكان، فهى القواعد التى شرعت لجميع الناس فى كافة العصور وغايتها دفع المفاسد وتحقيق المصالح، وهى مبادئ كلية وأساسية تمثل فقهاً ثابتاً لا يتبدل. وهى القواعد الثابتة بدليل قطعى الثبوت وقطعى الدلالة من القرآن الكريم أو السنة المتواترة أو الاجماع. وهذه المجموعة من القواعد هى التى تمثل النظام العام فى الشريعة الإسلامية[١].

٩٣- وقد أخذت بالتفرقة السابقة المحكمة الشرعية العليا فى مصر فى ٢٣سبتمبر سنة ١٩٤٦ حيث كانت الوقائع تتحصل فى أن معاهدة مودة وصداقة كانت قد عقدت بين مصر وتركيا سنة ١٩٣٧ وجاء فى مادتها التاسعة فقرة ٢ أن محاكم كل من الدولتين تلتزم بتطبيق القانون الأهلى الخاص بالمتقاضين فى مواد الأحوال الشخصية، مع عدم الاخلال بالقواعد المتعلقة بالنظام العام. ولما

---

(١) راجع: عبد الوهاب خلاف، خلاف تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق جامعة القاهرة، س ١٨، ص ١٨٧ ومابعدها.

كان القانون التركى يقضي بتوريث ذوى الأرحام مع العصبات، فإن المحكمة قد امتنعت عن تطبيق هذه القاعدة على أساس أن مصر دينها الرسمى هو الإسلام بنص الدستور، وأن غالب الأمة من المسلمين، ولا يمكن أن يتفق مع النظام العام فيها انتهاك حرمة الدين والخروج على قاعده ومخالفة أحكامه الثابتة بدليل قطعي وانعاقد الاجماع عليها ولم يخالف فيها أحد من أئمة المسلمين، بل لقد تكلم علماء الأصول فيمن ينكر الحكم الثابت بدليل قطعى والمجمع عليه وهل يكفر أم لا . . ومن حيث أنه لا يمكن أن يقال أن تطبيق فكرة النظام العام يتعذر معه تطبيق أحكام المعاهدة، إنما يمتنع العمل بالقانون التركى فيما إذا تعارض مع حكم شرعى أجمع عليه المسلمون لثبوته بدليل قطعى، كزواج المسلمة بغير المسلم أو مساواة الذكر بالأنثى فى الميراث أو ما شابه ذلك، أما ما عدا ذلك مما يكون محل اجتهاد أو خلاف بين الفقهاء، وهو يكاد يشمل أكثر الفروع، فلا مانع من تطبيق القانون التركى عليه». ومن حيث أنه لم يخالف أحد من المسلمين فى أن العصبات مقدمة على ذوى الأرحام، بل لقد منع بعض الأئمة توريث ذوى الأرحام مع العصبات أو بتقديمهم على العصبات غير مقبول»[1].

٩٤- غير أن هذا المفهوم السابق، والذى عبّرت عنه المحكمة العليا

---

(١) القضية ٨٤ لسنة ٤٤ صادر فى ١٩٤١/٩/٢٣ مشار إليه فى مقال عبد الوهاب خلاف، السابق الاشارة إليه، ص ١٨٨، وراجع تعليق أحمد سلامة، المرجع السابق ص ٢٤٤ و٢٤٥ ومابعدها.

الشرعية[١]، لا يمكن اعتباره نظاماً عاماً يستبعد الشريعة الخاصة إذا اصطدمت به وذلك من عدة وجوه.

فمن ناحية أولى:

فإن النظام العام هو فكرة وضعية[٢] وليس فكرة دينية، ولأنه كذلك فهو متطور بطبيعته يختلف باختلاف الزمان والمكان، أى أنه يقوم على قدر من المرونة التى تستعصى على الثبات والدوام المطلقين.

ونعتقد، مع بعض الفقه، أن المشرع قد قصد النظام العام بمفهومه الوضعى وليس بمفهومه الدينى. والثابت أن النظام العام الإسلامى ليس مرادفاً للنظام العام الوضعى. وقد تكون بينهما منطقة مشتركة، ولكن قد يكون لكل منهما تصوره المختلف عن الآخر فى بعض المسائل.

ومن ناحية ثانية:

فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتفقوا فيما بينهم على تحديد ما هى

---

(١) وراجع حكم لمحكمة النقض يعود إلى سنة ١٩٦٤ صدر فى ٥/٢٧ واعتبرت أن أحكام الشريعة الإسلامية الثابتة بدليل قطعى هى من النظام العام يمتنع مع معارضتها تطبيق القانون الأجنبى، إذ أن هذه القواعد وثيقة الصلة - فى حكم النقض المشار إليه - بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة ولا يجوز تغليب قانون أجنبى عليها. وكان النزاع يتعلق بقواعد الميراث فى القانون الفرنسى (المجموعة س ١٥ ص ٧٢٧).

(٢) راجع: عرض: رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤٢٧ ومابعدها، حامد زكى، مواريث الرعايا الأتراك فى مصر، مجلة القانون والاقتصاد، س ١٧ ص ٦٤٧، أحمد سلامة، السابق، رقم ٨٧.

القواعد الثابتة التى لا تحتمل التغيير والتى وردت بأدلة قطعية من القرآن أو السنة المتواترة أو الاجماع.

فأبو حنيفة لا يعتبر من هذه القواعد ما يتعلق بالأنكحة الفاسدة وفقاً للشريعة الإسلامية، إذا كانت جائزة عند غير المسلمين. وقد اختلف معه الصاحبان فى هذا الشأن، حيث ذهبا إلى أن هذه الأنكحة يجب أن يطبق عليها حكم الشريعة الإسلامية، لأن أمرها متعلق بالنظام العام. يضاف إلى ذلك أن هناك بعض الأحكام التى تعتبر متعلقة بالنظام العام الإسلامى ولكن الخطاب فيها موجه فقط إلى المسلمين، وهى بالتالي لا تلزم غيرهم. ومن قبيل ذلك حق المسلم فى أن يطلق زوجته بإرادته المنفردة، وحقه فى أن يجمع بين أكثر من زوجة، ولذلك فإن الخروج عن هذه القواعد عند غير المسلمين، لا يعد خروجاً على النظام العام بما يستوجب الزامهم بتطبيقها فى أحوالهم الشخصية[1].

ثانيا: النظام العام الوضعى (العلمانى):

٩٥- يقوم النظام العام الوضعى، المجرد عن الاعتبارات الدينية، على مجموعة المبادئ الأساسية التى تمثل الوضع الطبيعى المادى والمعنوى للمجتمع، وهى بهذا المعنى تستهدف حماية مصلحة المجتمع العليا السياسية والاجتماعية والاقتصادية، تلك المصلحة التى تعلو فوق كل اعتبار خاص، أى اعتبار المصلحة الخاصة للأفراد.

ويقوم القضاء بدور خلاق فى تحديد دائرة النظام العام السالف ذكره، فهو

---

(١) راجع فى الموضع: أحمد سلامة، السابق، ص ٢٤٤ ومابعدها، رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤٢٥ ومابعدها.

ينقب عنه، ويكتشف مبادئ ويرسيها، على أن يكون في عمله مسترشداً بالمبادئ الأساسية للمجتمع، مدافعاً عن الأفكار الجوهرية التي ترتبط بها حياة الجماعة[١]، وبأسلوب ومعايير موضوعية: فهو «يكاد يكون مشرعاً يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة[٢].

فإذا استقر النظام العام علي هذا المعنى العلماني، فإنه لابد أن يتسم بطابع المرونة، السالف ذكرها، والتي تجعل منه مبادئ متغيرة ومتطورة تختلف باختلاف الزمان والمكان، وتختلف باختلاف الفلسفات السائدة في كل مجتمع وبالعقائد التي يكون قد رسخت في وجدان أفراد المجتمع، بحيث يجئ معبراً، وبصدق عن المصالح العليا للمجتمع، ليس في مبادياته فحسب بل وفي أخلاقياته وتراثه وعقائده الراسخة.

ثالثا: النظام العام المختلط:

٩٦- أشار بعض الفقه إلى أن النظام العام، في نطاق الأحوال الشخصية، هو نظام عام يقوم على أساس علماني وعلى فكرة من الإسلام[٣]. فالعقيدة الإسلامية تلعب دورها في إرساء بعض القواعد الأساسية التي تلزم المسلم وغير المسلم على السواء، والتي لا يجوز بالتالي الخروج عليها أو تعطيلها أو تعديلها أو الاتفاق على ما يخالفها. فرغم أن المبدأ هو ترك غير

---

(١) فاريا، السابق، ص ٢٨.

(٢) راجع السنهوري، الوسيط، جزء أول، ط ٣، رقم ١٢٨، أحمد سلامة، السابق، ص ٣٤٦ و ٣٤٧.

(٣) راجع: رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤٢٩، أحمد سلامة، السابق، ص ٣٤٥.

المسلمين . وما . يؤمنون . به فإن هناك قواعد من الشريعة الإسلامية يخاطب بها المسلم وغير المسلم على السواء.. ومن ذلك قاعدة إعمال طلاق الذمي ثلاثاً، والتفريق بينه وبين زوجته، كذلك بطلان زواج غير المسلم في فترة العدة، أخذاً بقول الصاحبين أبي يوسف ومحمد، باعتبار أن النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين، فكان باطلا في حق الذميين أيضا . وبطلان زواج المحارم، ثم قاعدة عدم جواز المساس بحقوق المسلم.

٩٧- والحقيقة أننا لا نرى وجها لتسمية النظام العام بأنه نظام عام مختلط يقوم على أساس علماني وعلى فكرة من الإسلام، لأن النظام العام هو بمفهومه العادي يتسع لما يعتبر من الحتميات الشرعية والتي تمثل أسساً ثابتة في الحياة الاجتماعية المصرية. فكما أشرنا، عند الحديث عن النظام العام العلماني، أنه لابد أن يجئ معبراً عن كافة المصالح العليا للمجتمع ليس في مادياته فحسب، بل وفي أخلاقياته وتراثه عقائده. والشريعة الإسلامية هي تراث المجتمع المصري الأساسي. ولا شك أن كثيراً من قواعدها تمثل أساساً من أسس النظام العام بمفهومه العلماني ذلك أنه، وكما تقرر محكمة النقض وبحق «أنه وإن خلا التقنين المدني والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام، إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التي ترمي إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد، سواء من الناحية السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية والتي تتعلق بالوضع الطبيعي المادي والمعنوي لمجتمع منظم وتعلو فيه على مصالح الأفراد، وتقوم فكرته على أساس مذهب علماني بحت يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها، ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية، وإن كان هذا لا ينفي قيامه أحياناً على سند مما يمت إلى العقيدة

الدينية بسبب، متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى المستقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد به، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعاً من مسلمين وغير مسلمين بصرف النظر عن دياناتهم، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام، وجعل بعض قواعده مقصورة علي المسيحيين وتنفرد المسلمون ببعضها الآخر، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصياً أو طائفياً، وإنما يتسم تقديره بالموضوعية، متفقاً وما تدين به الجماعة فى الأغلب الأعم من أفرادها(١).

وبناء على ذلك فإن الأخذ بالنظام العام بمعناه العلمانى لا ينفى أنه يتضمن بين مبادئه أسساً إسلامية أصبحت جزءً لا يتجزأ من عقيدة الجماعة على نحو تؤدى مخالفتها إلى تأذى الشعور العام.

وهو ما يتضح من خلال عرض تطبيقات لما يخالف النظام العام فى شرائع غير المسلمين فى المطلب الثانى الآتى عرضه.

---

(١) ... نقض ١٩٧٩/١/١٧ السابق الاشارة إليه.

المطلب الثاني

تطبيقات النظام العام

٩٨- نعرض فى هذا المقام لعدة تطبيقات لتعارض حكم الشريعة الخاصة مع النظام العام[1] فى مصر مما يتعين معه على القاضى أن يستبعد - بسبب هذا التعارض - حكم الشريعة الخاصة، وينزل بدلا منها الحكم الذى يقتضيه النظام العام. ونبدأ بأمثلة من أحكام شريعة الأقباط الأرثوذكس ثم شريعة الكاثوليك، ثم لتطبيق جرى فى القضاء المصرى من واقع شرائع اليهود.

أولا: شرائع الأقباط الأرثوذكس:

١ - تنص المادة ٦٠ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ على أنه لا يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق أن يتزوج من شخص آخر إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج. وفى هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمانه الزواج إلا بتصريح من المجلس» (أيضا المادة ٦٤ من مشروع مجموعة ١٩٥٥).

- وهذا النص يسمح أن يتضمن الحكم بالتطليق جزاء تبعيا، هو حرمان الزوجين المطلقين أو أحدهما من الزواج مستقبلا، ومثل هذا الجزاء التبعى يعد مخالفاً للنظام العام فى مصر، **لأن حرية الزواج تعد واحدة من الحريات العامة الأساسية وفقاً للدستور**، وأى نص أو حكم يحـــول بين المواطن وحريته فى الزواج يقع باطلا ويتعين استبعاده.

---

(١) راجع: رمضان أبو السعود، السابق، ص ٤٣٩ ومابعدها.

٢ - تنص المادة ٤٩ من المجموعة السابق ذكرها على أن ينفسخ عقد الزواج إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى.

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يمكن تطبيقه بصفة مطلقة فى كل حالة يخرج فيها أحد الزوجين عن الدين المسيحى، لأن بعض صور هذا الخروج قد تؤدى إلى تعطيل النص المذكور أخذاً بمبادئ النظام العام. ويتوقف الأمر على الحالة التى خرج إليها أحد الزوجين عن الدين المسيحى.

فإذا كانت الزوجة قد خرجت من المسيحية إلى الإسلام وبقى زوجها على دينه غير الإسلامى، عرض عليه الإسلام، فإن أسلم فهى زوجته، وإلا فرّق القاضى بينهما بطلقة بائنة.

أما إذا كان الزوج هو الذى اعتنق الإسلام، فإنه لا يجوز المساس بحقوقه فى الزواج من ذمية. فضلا عن خضوع العلاقة فى هذا الفرض للشريعة الإسلامية، ويكون للزوج بالتالى أن يتمسك بزوجته أو أن يطلقها، ولا تستطيع هى أن تدعى التضرر من اسلام زوجها.

ثانيا: فى شريعة الكاثوليك:

٩٩- أغفلت بعض شرائع الكاثوليك النص على العدة باعتبارها مانعاً مؤقتاً من موانع الزواج.

ويلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية أمرنا [illegible] المسلمين على أنكحتهم حتى ولو كانت فاسدة فى منطق الشريعة الإسلامية، مادامت جائزة فى شرائعهم. ومع ذلك فإن نظام العدة قد شرع للتأكد من براءة الرحم

وخلوه من الحمل حفاظاً على عدم اختلاط الأنساب، فضلا عن أن مضى مدة العدة تضيف قدراً من التأني والانتظار لا يخلو من معنى الوفاء للزوج السابق، ولا يخلو من معنى المحافظة على قدر من السمو للمشاعر الإنسانية. لذلك فإن نظام العدة يعتبر من موجبات النظام العام في مصر، ويتعين بالتالي اعتبارها مانعاً - إلى أن تنتهي - من موانع الزواج عند كافة المسيحيين، بما في ذلك شرائع الكاثوليك التي لم تعرف هذا النظام، فهي عندهم تصبح بالتالي واجبة الاحترام حتى ولو كانت شريعتهم الخاصة هي الواجبة التطبيق، وذلك نزولا على مقتضى النظام العام.

ثالثا: في شرائع اليهود:

١٠٠- جاء في الأصحاح ٢٥ من سفر التثنية من العهد القديم أنه «إذا سكن أخوة معاً ومات واحد منهم وليس له ابن فلا تصير امرأة الميت إلى خارج البيت لرجل أجنبي، أخو زوجها يدخل عليها ويتخذها لنفسه زوجة ويقوم لها بواجب أخي الزوج، والبكر الذي تلده يقوم باسم أخيه الميت حتى لا يمحى اسمه من اسرائيل. وإن لم يرض الرجل أن يأخذ امرأة أخيه تصعد المرأة إلى الباب إلى الشيوخ وتقول لقد أبى «أخي» الزوج أن يقيم لأخيه إسماً في اسرائيل، فيدعوه شيوخ مدينته ويتكلمون معه، فإن أصر وقال لا أرضى أن أتخذها، تتقدم إليه امرأة أخيه أمام أعين الشيوخ وتخلع نعله من رجله وتبصق في وجهه وتصرخ وتقول: «هكذا يفعل بالرجل الذي لا يبني بيت أخيه فيدعى اسمه في اسرائيل بيت مخلوع النعل».

١٠١- وهذا الحكم تبنته وأخذت به طائفة الربانيين من اليهود. وقد

عرضت مناسبة أمام محكمة القاهرة الابتدائية لتقول كلمتها في هذا النظام حيث قضت بتعارضه مع النظام العام بما يستوجب استبعاده. ذلك أن مدار البحث ينحصر في هل القضاء بشريعة الخصوم طبقاً للقاعدة سالفة الذكر وهم من طائفة اليهود الربانيين، يتعارض مع النظام العام أم لا؟

«ان الزواج ما هو إلا عقد كباقي العقود من أركانه الرضا، ولا يتم إلا بعد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين، فركن الايجاب من طرف والقبول من طرف آخر هو أمر لازم لقيام العقد.

«وشريعة طرفي الخصومة تعتبر أرملة الأخ المتوفى كزوجة لشقيقه المتوفى بمجرد وفاة الشقيق ورتبت لها حقوقاً كالزوجة تماماً بفرض نفقة لها على شقيق زوجها، كل ذلك دون توقف على رضاء الطرفين، إلا أنه قد يقال أن الشقيق يمكنه أن يتخلص من هذا الزواج باعطاء أرملة أخيه «الحاليصاه» وهي أشبه بالطلاق لكي ينهي هذه العلاقة، ولكن الحال بالعكس بالنسبة لأرملة المتوفى، فإنها لا يمكنها التخلص من الزواج إذا رغبت عنه في حالة قبول الشقيق للزواج **مما يعدم الرضا من جانب الزوجة، ويجعل الإرادتين غير متطابقتين،** الأمر الذي ترى معه المحكمة أن الأساس الذي بنيت عليه قاعدة هذا الزواج متعارضاً مع قاعدة من النظام العام، هي الرضا الواجب توافره من الطرفين لانعقاد كافة العقود. وهو في عقد الزواج، الذي يجمع بين آدميين، ألزم، لما لهذا العقد من عظيم الأثر والشأن ويتعين لذلك عدم الأخذ بقاعدة ارصاد الأرملة لأخ زوجها لتعارضها مع النظام العام»(١).

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٦/٢٥ مجلة الأحوال الشخصية لنادي القضاة، السابق، ص٣٠.

المبحث الرابع
مدى جواز التعويض عن
أضرار تغيير العقيدة

١٠٢- أشرنا في موضع سابق إلى فشل المحاولات التي تبناها البعض في محاولة للحد من التهرب من أحكام الشريعة الواجبة التطبيق. وقد تمثلت تلك المحاولات في نظريتي الحقوق المكتسبة والغش نحو القانون. غير أن فشل تلك المحاولات لم يطو صفحة التحايل، ومحاولة درئه أو التخفيف من آثاره، فالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لم يحسم المشكلة، إنما حاول فقط أن يحسم قدراً من أوجه النزاع فيها، بأن تبنى معيار وقت رفع الدعوى للتفرقة بين التغيير الذي ينتج أثراً (قبل رفع الدعوى) والتغيير الذي لا ينتج أثر بعد رفعها، وهو المعيار الذي مازال قائماً - في رأينا - بعد صدور القانون رقم ١ لسنة. . . ٢[1]. فضلا عن أنه - أي المشرع - جعل من التغيير إلى الإسلام منتجاً لآثاره في جميع الحالات، أي أياً كان وقت حدوثه.

وعلى النحو السابق فلا جدوى من محاولة استبعاد آثار التغيير الذي يعترف به النظام القانوني.

لذلك انتقلت المحاولة إلى نطاق آخر، هو نطاق التساؤل من ناحية عن امكانية طلب التعويض عن الأضرار التي لحقت بأحد أطراف المنازعة من وراء قيام الطرف الآخر بتغيير في العقيدة منتج لآثاره قانوناً؟ ومن ناحية ثانية، هل يمكن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحقوق الناشئة عن تغيير العقيدة؟ ونعرض لكل من هاتين المسألتين على التوالي.

---

(١) عملا بما تعتبره أثراً تحفظياً لرفع الدعوى علي وقائع النزاع.

المطلب الأول
مدى امكانية تطبيق نظرية
التعسف في استعمال الحق

١٠٣- أشرنا في موضع سابق إلى أنه يمكن الحيلولة دون انتاج التغيير لآثاره القانونية، من حيث القانون الواجب التطبيق، حيث انتهينا إلى رفض نظرية الحقوق المكتسبة، كما انتهينا إلى رفض نظرية الغش نحو القانون، لذلك كان التساؤل عن امكانية الحكم بالتعويض لمصلحة من أصيب بأضرار نتيجة لتغيير القانون الواجب التطبيق، ولقد أثيرت هذه المشكلة حتى قبل صدور قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بزمن طويل، وكانت المحاكم المختلطة قد اتجهت في بعض أحكامها إلى أن تغيير العقيدة يؤدى إلى تغيير القانون الواجب التطبيق، ولكن إذا ترتب على هذا التغيير الحاق ضرر بالطرف الآخر فإن من غيّر عقيدته يعتبر مخطئاً بما يستوجب مساءلته تقصيرياً، وكان هذا المذهب القضائي يعتبر أن مجرد التغيير يعد في ذاته خطأ تقصيرياً. بل ان الأمر وصل بعد ذلك إلى حد الحكم بأن اعتناق الإسلام من جانب زوج كاثوليكي يستوجب الحكم عليه بالتعويض لمصلحة مطلقته لأن إسلام الزوج الكاثوليكي خلسة بقصد تطليق زوجته اهانة بالغة للزوجة، وان طلاق الزوج الذى أسلم يقع صحيحاً طبقاً لأحكام لاشريعة الإسلامية، وأن نفقة الزوجة لا تستحق إلا لمدة السنة اللاحقة على الطلاق، لكن على الزوج أن يدفع تعويضاً للزوجة إذ أنه طلقها لغير الأسباب التى تقررها الشريعة الخاصة[١].

---

(١) راجع استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٤٦ أشار إليه أحمد سلامة، ص ٢٠٥.

١٠٤- وقد أيد اتجاه فى الفقه[1] هذا الرأى، فى ظل القانون ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ على أساس أنه إذا تعذر منع آثار تغيير العقيدة فإنه يبقى ممكناً أن يتصدى القضاء لمسألة التعويض، ويحكم به، إذا تبين له أن هذا التغيير قد أضاع حقوق الطرف الآخر فى العلاقة الزوجية بما ألحق به ضرراً يستوجب تعويضه عنه انصافاً له ضد من لم يراع حرمة دينه وجعله عرضة للتبديل والتغيير جرياً وراء مصالح مادية زائفة. ويساند ذلك أن القانون المدنى المصرى الحالى قد بيّن فى المادة الخامسة منه أن استعمال الحق من جانب صاحبه يكون غير مشروع فى الأحوال الآتية[2]:

أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

ب - إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

جـ - إذا كان المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

- ومن المتصور، فى ضوء ذلك، أن يتوافر قصد الإضرار بالطرف الآخر من وراء تغيير العقيدة، وقد ينطبق على هذا التغيير معيار رجحان الضرر على المنفعة منه فى الطلاق الحاصل بعد التغيير، وقد يسعى الشخص إلى تحقيق غاية غير مشروعة كإبطال النفقة التى حكم بها عليه لمصلحة زوجته.

---

(١) راجع: اهاب اسماعيل، شرح مبادئ الأحوال الشخصية، ص ١١١ ومابعدها، صلاح عبدالوهاب، مدونة الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٥٩، ص ٢٤٨.

(٢) راجع: السنهورى، العمل الضار، رقم ٥٥٢ ومابعدها، وحمدى عبد الرحمن، الوسيط، مقدمة القانون المدنى ٢٠٠٢/٢٠٠٣، رقم ٢٧٢ ومابعدها.

ففى جميع هذه الأمثلة يقصد أحد الطرفين من التغيير تحقيق هدفاً آخر لا يستطيع تحقيقه أو الوصول إليه فى ظل شريعته القديمة، ففى ظل هذه الشريعة يمتنع عليه الطلاق إذا كان كاثوليكياً، ويتقيد بأسباب محددة إذا كان أرثوذكسياً أو إنجيلياً، فيسارع مثلا إلى اعتناق الإسلام لتحقيق أحد مآربه السابق ذكرها(١).

١٠٥- ويدعم هذا الرأى السابق ما جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى، تعليقاً على نظرية التعسف فى استعمال الحق، من أن هذه النظرية تحتل مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لها من العموم ما يجعلها تنطبق على جميع نواحى القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع. «وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى، وإنما بسطه على هذه النواحى جميعاً، بل على نواحى القانون قاطبة. فهذا يجزم بأن النظرية تنطبق على الروابط المالية، وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية، كسريانها فى شأن الحقوق الشخصية، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تتجاوزه إلى القانون العام، ولذلك آثر المشرع أن يضع لهذه النظرية وضعاً عاماً محتذياً مثال أحدث التقنيات وأرقاها».

- وعلى هذا النحو فإن هذا الرأى يطبق نظرية التعسف بقصد الحكم بالتعويض على من غيّر عقيدته غشاً وإضراراً بالطرف الآخر. ولكن يلاحظ أن

---

(١) راجع: صلاح عبد الوهاب، السابق.

هذا التطبيق يقتضى البحث فى النوايا والعوامل النفسية التى تقف وراء التغيير وهو بحث يمتنع على القاضى القيام به وفق ما انتهت إليه محكمة النقض المصرية، فى مسائل تغيير العقيدة[١]. ولذلك، يوضح هذا الرأى، فإنه لا يبحث فى النوايا لكى يُقَيِّم التغيير، من حيث جوازه أو عدم جوازه، فهذا هو البحث الذي يمتنع وفق أحكام محكمة النقض.

فالتغيير يعتد به مطلقاً، أياً كانت دوافعه، وهو ينتج أثره من حيث القانون الواجب التطبيق في جميع الحالات، ولكن البحث عن النية بقصد اثبات التحايل والغش إنما هو مقصور فقط على بحث مسألة التعويض طبقاً لنظرية التعسف فى استعمال الحقوق.

١٠٦- ويضيف البعض[٢]، إلى ما سبق، أن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد أقر أن التغيير الذى يتم قبل رفع الدعوى ينتج آثاره لأن القانون قد افترض أنه تم بحسن نية، وأن التغيير إلى الإسلام ينتج أثره فى كل وقت ويفترض فيه أنه حصل عن إيمان صادق وعقيدة صحيحة ورتب عليه آثاره. ولكن هذا القانون قد قصد ترتيب آثار التغيير الحاصل فى الحدود التى رسمها مباشرة فور حصول التغيير، وليست هذه الآثار سوى خضوع الشخص لأحكام دينه الجديد أو طائفته

---

(١) بأن للشخص أن يغير دينه أو مذهبه أو طائفته وهو فى هذا مطلق الإرادة تحقيقاً لمبدأ حرية العقيدة طالما توافرت له أهلية الأداء. والاعتقاد الدينى مسألة نفسية فلا يمكن لاية جهة قضائية البحث فيها إلا عن طريق المشاهد الخارجية الرسمية فقط: نقض ٢٩ يناير سنة ١٩٦٩، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٨٧، و١٥ ديسمبر ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ١٧٥٨.

(٢) راجع: صلاح عبد الوهاب، السابق، ص ٢٤٨.

أو ملته الجديدة. ومثل تغيير الدين، فى هذه الحالة، كمثل حق الطلاق الذى يمكن أن يرتب مسئولية من قام به. ولذلك يجوز ورود التعسف على تغيير الدين أو الطائفة أو الملة دون حاجة لإثبات الخطأ فى هذا التغيير، وأن من يطلق بعد تغيير عقيدته فإنه لا يعتبر متعسفاً فى الطلاق بل فى تغيير الدين المجرد من كل عقيدة.

١٠٧- غير أن هذه التحليلات السابقة تصطدم برأى فى الفقه يذهب - فى شأن التعسف - إلى التفرقة بين الحقوق والحريات والرخص. فالحقوق تفترض روابط قانونية تثبت لأشخاص بذاتهم على سبيل الانفراد والاستئثار بما يخول لأصحابها سلطة اقتضاء أداء معين من شخص معين، أو تسلط على شئ معين. فى حين أن الرخص أو الحريات لا تقوم على مثل هذه الرابطة المحددة وإنما تخول أصحابها مكنات معينة دون أن تتضمن استئثاراً أو اختصاصاً لشخص دون الآخرين، فهى فى الحقيقة ثابتة لكل الناس. وعند رأى فى الفقه أن المشرع المصرى يقصد إعمال نظرية التعسف على الحقوق وحدها، دون الحريات والرخص العامة، أى أن محل التعسف، ونطاق نظريته، يتحدد باستعمال الحقوق دون ممارسة الحريات أو الرخص[1].

- وإذا أخذنا بهذا المنطق فإن تغيير العقيدة سوف يكون، بغير شك، من أولي المسائل فى الخروج عن نطاق إعمال نظرية التعسف، باعتبار أن التغيير يمثل إحدى الحريات العامة فى شأن العقيدة الدينية.

---

(١) راجع حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ١٩٧٧، الجزء الثانى ص ٩٢٥ ومابعدها.

١٠٨- غير أن أنصار تطبيق نظرية التعسف يردون على ذلك بالقول بأن أساس التفرقة بين الرخص والحقوق هو أن الرخص لا تعرف فكرة الانفراد والاستئثار، بل يتمتع بها جميع الناس على قدم المساواة، أما الحقوق فإن أصحابها فى مراكز متميزة عن غيرهم بحيث تكون لهم، دون سائر الناس، وعلى سبيل الاستئثار والانفراد. وتغيير الديانة ليس من الحقوق فى شئ، بل انه من الرخص التى يتساوى الناس جميعاً فى ممارستها، شأنها فى ذلك شأن الحريات العامة. . وليس هناك ما يمنع من أن تتقيد ممارسة الرخص باستيفاء شروط معينة[1]. ولا داعى، بالتالى، للتفرقة، فى شأن تطبيق نظرية التعسف، بين الحقوق والرخص، لأن هذه التفرقة نشأت بسبب ظروف تاريخية لم تعد موجودة الآن. فهذه التفرقة ليست مستمدة فى الحقيقة من جوهر فكرة التعسف، وبالتالى فلا داعى لإعمالها فى وقتنا الحاضر. ومن ناحية ثانية فإن القضاء المصرى قد طبّق نظرية التعسف فى مجال الرخص أيضاً. فقد استقر قضاء النقض على أن حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالاً كيدياً، ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت مساءلته عن تعويض الأضرار التى تلحق الغير بسبب اساءة استعمال هذا الحق. كما أن نظرية التعسف طبقت فى مجال الحرية فى سلامة الجسم. فالشخص الذى يرفض العلاج أو إجراء عملية جراحية بسيطة يعتبر متعسفاً فى استعمال رخصته فى سلامة

---

(١) راجع: اهاب اسماعيل، أصول الأحوال الشخصية، ص ٣٤٦.



جسمه ومن ثم قد ينقص مبلغ التعويض اللازم له(١).

١٠٩- وأخيراً فإن فريقاً من أنصار التعويض عن أضرار تغيير العقيدة يرى إمكان تطبيق القواعد العامة فى المسئولية المدنية على أساس أن الانحراف فى ممارسة رخصة التغيير يكون خطأ، لأن الرجل العادى، فى سلوكه المألوف، إذا أتى رخصة وجب عليه أن يلتزم قدراً من الحيطة واليقظة فى ممارستها حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف شخص، وهو يأتى رخصة، عن هذا السلوك المألوف كان ذلك خطأ يستوجب مسئوليته(٢). ولكن المشكلة الأخرى التى صادفت أنصار تطبيق نظرية التعسف على مسألة تغيير العقيدة هى مشكلة كيفية إعمال معايير التعسف الواردة فى المادة الخامسة من القانون المدنى على هذا التغيير؟ وتعود المشكلة إلى أن محكمة النقض المصرية تذهب - وكما سبقت الاشارة فى موضع سابق - إلى أنه لا يجوز البحث فى النوايا عند التعرض لمسألة تغيير العقيدة وذلك باعتبار أن مسألة الاعتقاد الدينى هى مسألة نفسية بحتة يجب أن يقتصر القضاء فى شأنها على المظاهر الخارجية. ولذلك فمنذ تمام هذه المظاهر الخارجية يجب أن يعامل الشخص وفقاً لمذهبه الجديد، ويجب

---

(١) راجع فى عرض المشكلة: حمدى عبد الرحمن، معصومية الجسد، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (حقوق عين شمس) ١٩٨٠.
وراجع مثلاً فى شأن التعسف فى استعمال حق الالتجاء للقضاء:
نقض ٥ أكتوبر ١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض، س ١٠، ص ٥٧٤، حيث لا يسوغ لمن يباشره الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض.

(٢) راجع: اهاب اسماعيل، أصول الأحوال الشخصية، ص ٣٤٣.

اخضاعه لأحكام هذا المذهب، حتى ولو قيل ان انضمامه للمذهب الجديد هو إنضمام قائم على الغش.

١١٠- ويواجه أنصار تطبيق نظرية التعسف هذه المشكلة بالقول بأن عدم الاعتداد بالاعتبارات النفسية، الذى قالت به محكمة النقض، هو استثناء على المبدأ العام الذى يعتد بالغش نحو القانون، والذى يهدف إلى منع الأشخاص من التحايل على الأحكام القانونية بقصد الهروب من تطبيقها، ولابد أن يكون هناك جزاء على هذا التحايل متمثلا فى بطلان التصرف المشوب بالغش، ولكن القضاء رفض توقيع هذا الجزاء حتى لا يتدخل فى علاقة الإنسان بربه، فقد يقبل الله مثل هذا الانضمام، فلا يجوز للقاضي أن يرفض الاعتداد بما قد يعتد به الله سبحانه وتعالى. وإذا كان هذا الجزاء (عدم الاعتداد بالتغيير) متعذر التحقيق فلا أقل من تطبيق قواعد المسئولية بالوصول إلى الحكم بالتعويض على من بدّل دينه غشاً وتحايلاً. وفى هذه الحالة فإن القاضى حين يبحث فى النية الحقيقة فإنه لا يبحث فى ذلك بقصد الاعتداد بالتغيير أو عدم الاعتداد به - فهذا ما لا يملكه القضاء - إنما يبحث فى ذلك بقصد تحقيق شروط المسئولية، وصولا إلى الحكم بالتعويض، فإذا ما حكم القضاء بالمسئولية، على هذا النحو نظراً لتوافر شرائطها، فإن حكمه لا يمس العقيدة فى شئ، فحرية الاعتقاد مازالت مكفولة متمثلة فى إعمال التغيير بآثاره، ولكن هذا لا يمنع من تقرير أن من غيّر عقيدته بسوء نية يكون قد تخطى الحدود القانونية للرخصة، وأساء استخدامها، بما يستوجب الحكم عليه بالتعويض لمصلحة الطرف الآخر، الذى أصيب بضرر نتيجة هذا التغيير. وبتعبير آخر فإن البحث في النوايا للحكم بالتعويض شئ والبحث فيها لتحديد عقيدة الشخص ومن ثم الشريعة الدينية

التى يخضع لها شئ آخر. فالبحث فى النوايا لتقرير انتماء الشخص إلى عقيدة غير التى يعلنها، أو لإخضاعه لشريعة هذه العقيدة الأخيرة، قد يكون فيه مساس بحرية العقيدة. أما البحث فى النوايا لتقرير الالتزام بالتعويض، إذا ما ثبت عدم مشروعية نوايا من يقوم بالتغيير - ومع اقرار حق هذا الأخير فى الاعتقاد، وفى الخضوع للشريعة التى تقوم على هذا الاعتقاد - فلا يمكن أن يكون مساساً بحرية العقيدة.

١١١- ومن ناحية أخرى، فإن اثبات دوافع التغيير المشوب بالغش ليس مستعصياً فى كل الحالات، ففى فروض كثيرة قد يتم التغيير ويكون كاشفاً بذاته عن نية الغش والتحايل مما يسهل للقاضى عملية الاثبات ويعفيه من الخوض فى المسائل النفسية المستعصية. ومن هذا القبيل أن يغير الشخص عقيدته بين دعويين ثم يرتد بعد تحقيق غرضه إلى عقيدته الأولى، وفى مثل هذه الحالة لا يقتضى الأمر جهداً من القاضى فى استظهار النية غير المشروعة. والقاضى حين يقوم بهذا العمل يقف جهده عند حد البحث عن شرائط الحكم بالتعويض، ولا يتعدى هذه المسألة إلى تقييم حق الشخص فى اعتناق العقيدة التى يختارها وفى معاملته وفقاً لقانون هذه العقيدة[1].

أما ما ورد فى القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من الاعتداد بالتغيير الذى يحدث قبل رفع الدعوى، وعدم الاعتداد به إذا حدث بعد رفع الدعوى (ما لم يكن إلي الإسلام حيث يعتد به فى جميع الفروض) فإنه يعنى فقط أن المشرع

---

(١) راجع: اهاب اسماعيل، السابق، ص ٢٣٠.

أراد ترتيب آثار التغيير الحاصل في الحدود التي رسمها القانون فور حصول هذا التغيير، أي باخضاع الشخص لأحكام دينه الجديد أو طائفته أو ملته الجديدة، ولكن ذلك لا ينفي امكان ورود التعسف على التغيير[1]. فالاعتداد بالتغيير في العقيدة هي مسألة تتعلق بالنظام العام، أما التعويض فهو لا يمس تلك المسألة. فالمشرع لم يقصد حماية الغش نحو القانون وإنما قصد مراعاة حرية العقيدة، أي النظام العام، وإعمال نظرية التعسف ليس من شأنه البتة المساس بحرية العقيدة إنما من شأنه أن تمارس الحقوق والحريات في الحدود التي رسمها الدستور والقانون، أي في حدودها المشروعة.

نقد مذهب تطبيق نظرية التعسف على تغيير العقيدة:

١١٢- تعرض المذهب السابق لانتقادات عديدة وقد فند ناقدوه الحجج التي استند إليها من عدة وجوه نعرضها فيما يلي:

أولاً: أن تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق لا يتصور إلا في شأن الحقوق، لأنه يفترض عملاً مشروعاً في ذاته لدخوله في حدود حق صاحبه، ولكنه معيب في غرضه أو نتيجته. وهو لا يتصور بالنسبة لجميع الحقوق، لأن من الحقوق ما هو مطلق يترك استعماله لمحض تقدير صاحبه دون أن يخضع هذا الاستعمال في دوافعه وأغراضه لرقابة أو تعقيب القضاء. وهذا النوع من الحقوق يسميه البعض بالحقوق المجردة وغير المسببة، أو الحقوق التقديرية[2]، فإذا كان تغيير العقيدة حقاً، فهو حق تقديري لا يخضع لرقابة

---

(١) صلاح عبد الوهاب، السابق، ص ٢٤٨.

(٢) حسن كيرة، السابق، ص ٩٣١.

التعسف[1].

١١٣- ويذهب جانب آخر إلى التأكيد على أن تغيير العقيدة ليست حقاً لأن الحق يرد على محل محدد، أو قابل للتحديد، ويفترض رابطة قانونية تتسم بالخصوصية والاستئثار. أما الحرية فليس لها محل محدد أو قابل للتحديد لأنها تمثل وضعاً عاماً لا يتقيد بمسلك معين، كحرية التنقل وحرية الزواج وحرية العقيدة، ولذلك فإن الحرية تتسم بصفة العمومية ولا تتضمن جانب الاستئثار أو التسلط على قيمة معينة من خلال رابطة قانونية محددة[2].

١١٤- وبناء على ذلك، فإن فكرة الحق التقديري ما هي في حقيقة الأمر إلا تعبيراً عن الحرية لا الحق. والقاعدة في شأن الحريات، وباعتبار أن النظام العام يقررها بالنسبة للكافة، ويسبغ عليها حمايته من أي اعتداء يقع عليها، أن تعتبر من صميم النظام العام في المجتمع. وعلى ذلك فلا تخضع هذه الحريات لنظرية التعسف حيث لا يجوز مساءلة الشخص لأنه قد أساء استعمال حريته. ولا تخرج حرية الاعتقاد عن هذه الأحكام. فجوهر حرية العقيدة هو جواز اعتقاد الشخص بما يشاء حتى ولو كان تحكمياً أو متنافياً مع المنطق أو مع مصلحة شخص معين، ولا يمكن أن يعد ذلك خطأ يستوجب المسئولية[3].

---

(١) أحمد سلامه، السابق، ص ٣١٧.

(٢) راجع: رمضان أبو السعود، السابق، ص ٣٢٧ ومابعدها.

(٣) راجع: رمضان أبو السعود، السابق، ص ٣٣٣ و ٣٣٤.

١١٥- ويرى جانب آخر، في اتجاه عدم التعويض، أن الأدق هو اعتبار تغيير العقيدة رخصة أو حرية يمكن أن ينحرف الشخص في استعمالها، ويسأل عن ذلك. ولكن لا يتصور الخطأ، عند هذا الرأي الأخير، في تغيير العقيدة، إلا عمدياً. وحيث يكون كذلك فلابد في معرفته من التعرض للبواعث وهذا التعرض ممتنع قانوناً. ولذلك لا يمكن الاستناد إلى أحكام المسئولية التقصيرية سواء في صورة التعسف، أو في أية صورة أخرى، للوصول إلى الزام من غير ديانته أو ملته بالتعويض، بل انه لا يمكن - حسب النظام القانوني المصري - الوصول إلى هذه النتيجة بحال(١).

ثانياً: أنه من العسير تصور توافر إحدى حالات التعسف في شأن تغير العقيدة. فالفقرة الأولى من المادة الخامسة من القانون المدني تعرض لفرض لا يقصد صاحب الحق من وراء استعماله سوى الإضرار بالغير. وهو فرض يقتضي مبدئياً أن يثبت في حق من استعمل حقه سوء القصد وانحراف الطوية. وهي مسألة تخضع لمعيار شخصي، وليس لمعيار موضوعي. وهذا الاثبات يكاد يكون مستحيلاً. ذلك أن من يغير عقيدته يسعى دائما إلى تحقيق مصلحة أو منفعة شخصية، سواء كان ذلك بالمعنى المادي أو بالمعنى الأدبي. ورغم أن هذا التغيير قد يلحق ضرراً بالطرف الآخر إلا أنه لا يمكن أن يوصف مسلك من غيّر عقيدته بأنه قصد فقط مجرد الإضرار بالغير. ومن ناحية ثانية، فإن القاضي لن يصل إلى إثبات سوء القصد إلا بالتعرض للبواعث الدفينة والدوافع النفسية التي تقف وراء التغيير، وهو أمر محظور

---

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ٣٢٠ و٣٢١.

على القاضى، الذى يلتزم، فى الأخذ بالتغيير أو برفضه، بما نص عليه القانون وبما استقر فى أحكام النقض.

- أما الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون المدنى، والتى تتعلق بالتعسف إذا كانت المصالح التى يسعى صاحب الحق إلى الحصول عليها لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من وراء إستعمال الحق، هذه الفقرة تفترض أن لصاحب الحق عدة طرق يستطيع أن يختار بينها بحيث يتعين عليه أن يختار أقلها إضراراً بالغير، أما إذا لم تكن لدى صاحب الحق سوى وسيلة واحدة فمن الصعب تصور اساءة استخدامها، وإلا كان فى ذلك منع من استعمال الحق فى معظم الحالات، إن لم يكن فى كل الحالات. يضاف إلى ذلك أن العقيدة على قدر كبير من الخطورة والأهمية على نحو لا يتصور معه القول بأن من يغيّر عقيدته يسعى إلى منفعة تافهة. فمثل هذا التقدير يتنافى مع جلال العقيدة وخطورة شأنها. لكل ذلك يبدو الالتجاء إلى الفقرة الثانية من المادة الخامسة صعب المنال.

وفى غير حالتى الفقرة الأولى والثانية من المادة الخامسة، سالفة الذكر، لا يتصور أصلاً معالجة تغيير العقيدة من منطلق التعسف.

١١٦- ومن ناحية أخيرة، فإن المشرع عندما تصور تغيير العقيدة ورتب عليه أثراً وفق ضوابط معينة، فإن هذا التصور يعتبر صورة من صور حرية العقيدة أباحها المشرع ورتب عليها آثارها، إذا كانت إلى الإسلام مطلقاً، أو كانت إلى غير الإسلام قبل رفع الدعوى. وهنا لا يجوز اعتبار من غيّر

عقيدته متعسفاً فى استعمال حقه، لأن فعله لم يخرج عن حدود الصورة التى أباحها المشرع وأخرجها بالتالى من منطقة التعسف، لانتفاء الأساس الذى تقوم عليه هذه المنطقة.

ثالثا: أن ما قال به أنصار التعويض من أن البحث عن الدوافع النفسية لا شأن له بالاعتداد أو عدم الاعتداد بالتغيير (لامتناع ذلك بحكم أحكام محكمة النقض) إنما يثور هذا البحث بمناسبة التعويض عن التغيير فقط. هذا القول يتضمن مغالطة غير مقبولة لأنه تارة لا يعتد بالغش، وذلك في شأن الاعتراف بتغيير العقيدة، وتارة أخرى يعتد بالغش عندما يكون الأمر متعلقا بالبحث فى مسألة التعويض، وهذه المفارقة تقوم على تفرقة ظاهرية، إذ أن البواعث على التغيير لا تتغير طبيعتها بحسب الجزاء المراد تطبيقه، والاعتبار الذى يمنع بحثها فى حالة يصح بالنسبة لبقية الحالات، ولا يعقل أن تحترم قدسيتها فى حالة وتمتهن فى أخرى، وذلك أن القاضى لا يستطيع أن يحكم بالتعويض إلا إذا قرر أن التغيير قد تم بنية الغش، وإذاً فهو إذ يحكم بالتعويض يتعرض قطعاً لقدسية التغيير وهذا لا يجوز[1].

- يضاف إلى ذلك أن المفارقة بين حالة أخرى، فى شأن الاعتداد بالعوامل النفسية، يخالف منطق محكمة النقض، لأن هذه المحكمة حين قضت بامتناع البحث فى دوافع التغيير، إنما قضت بذلك استناداً إلى طبيعة العقيدة ذاتها باعتبار أنها مسألة نفسية لا يمكن لأى جهة قضائية أن تبحث فيها إلا عن

---

(١) أحمد سلامة، ص ٣١٣ و ٣١٤.

طريق المظاهر الخارجية، وعلى اعتبار أن أى بحث فى الدوافع إنما يؤدى فى النهاية إلى المساس بحرية العقيدة ذاتها، إذ أن الاعتراف بحرية العقيدة يصبح بغير جدوى إذا كان من مارس هذه الحرية سيتعرض للحكم عليه بالتعويض.

رابعاً: أن التساؤل يثور حول الضرر الذى قد يزعمه أحد طرفي النزاع بعد تغيير عقيدة الطرف الآخر، وما هو نوعه إن وجد؟

١١٧- الحقيقة أن تغيير العقيدة يؤدى إما إلى تطبيق الشريعة الإسلامية وإما إلى تطبيق الشريعة الخاصة. فهو يؤدى إلى الأولى إذا كان إلى الإسلام، أو إذا تخلفت شروط تطبيق الشريعة الخاصة كلها أو بعضها، وهو يؤدى إلى تطبيق الشريعة الخاصة إذا توافرت هذه الشروط. فإذا كان الأمر فى فرض أول هو تطبيق الشريعة الإسلامية فإن هذه الشريعة تحكم النزاع بكافة أوجهه وبكافة الأحكام الموضوعية الشرعية الإسلامية. وفى هذه الحالة فإن الطرف الآخر (الذى لم يغير عقيدته) قد يفقد بعض الحقوق والمكنات التى كانت له وفقاً لشريعته الخاصة، ولكنه فى ذات الوقت يكتسب غيرها فى ظل الشريعة الإسلامية. فمثلا لو كان سبب تطبيق الشريعة الإسلامية هو إسلام الزوج، وترتب على ذلك حق الزوج فى امساك زوجته الكتابية دون تطليق، فإنه يصبح من حق هذه الزوجة أن تتمسك بكافة حقوق الزوجة المسلمة، ومنها الحق فى المهر، وحقها في طلب التطليق من زوجها للضرر بما لا يستطاع معه دوام العشرة، والقاضى هنا يطلقها بعد التحقق من شروط السبب طلقة بائنة وبشرط ألا يعتبر مجرد إسلام الزوج ضرراً[1].

---

(١) أحمد سلامة، السابق، ص ٣٢٤.

- أما إذا كان تطبيق الشريعة بسبب الاختلاف فى الملة أو الطائفة (وليس اعتناق الزوج للإسلام) فإن الأمر يبقى أيضا فى اطار الفهم السابق، بعدم تصور ضرر بالمعنى الصحيح قانوناً. فضلا عن أنه، فى هذه الحالة الثانية، يمتنع على الزوج غير المسلم أن يطلق بإرادته المنفردة - فى رأينا - رغم خضوعه للشريعة الإسلامية، كما يمتنع عليه الطلاق إذا كان أحد الطرفين لا يدين بوقوع الطلاق (كاثوليكياً)، على ما سبق بسطه من أحكام.

وفى الفرض الثانى يترتب على تغيير العقيدة تطبيق الشريعة الخاصة، وهذا الفرض يتصور بانضمام أحد الزوجين إلى عقيدة الزوج الآخر بحيث تتوافر حالة الاتحاد كشرط أساسي من شروط تطبيق الشريعة الخاصة.

وفى هذا المقام كيف يتصور أن يدعى الأول ضرراً من قيام الثانى بالانضمام إلى عقيدته أو طائفته. فما فعله الطرف المنضم هو أنه عقد الاختصاص لشريعة الآخر. فكيف بهذا الطرف الأخير يتضرر من تطبيق أحكام شريعته الخاصة ؟!

المطلب الثاني

مدى جواز التعويض

عن الطلاق التعسفي

١١٨- ننتهي من البحث السابق عرضه، في المطلب الأول، إلى عدم جواز التعويض عن تغيير العقيدة في ذاته، فهذا التغيير يتصل اتصالاً وثيقاً بحرية العقيدة التي لا يجوز المساس بها بطريق مباشر، أو بطريق غير مباشر، أي سواء بمنع التغيير أو بمجازاة من قام به عن طريق الحكم عليه بالتعويض بمقولة أنه قد غيّر عقيدته تعسفاً.

غير أن بعض القائلين بمبدأ التعويض عن تغيير العقيدة (والذي نرفضه من جانبنا)، قد نقلوا المحاولة إلى نطاق آخر بالقول بأنه إذا لم يكن من الممكن تطبيق نظرية التعسف على التغيير في ذاته أفلا يمكن تطبيقها على استعمال الحقوق المترتبة على هذا التغيير، خاصة حق إيقاع الطلاق؟ وبمعنى آخر هل يمكن الحكم بالتعويض على من يطلق تعسفاً استفادة من حقوق الشريعة الواجبة التطبيق بعد تغيير العقيدة؟

أثارت هذه المسألة خلافاً في القضاء والفقه على النحو التالي:

المقصد الأول

الاتجاه القائل بعدم التعويض

١١٩- ويذهب هذا الاتجاه إلي عدم تطبيق أحكام التعسف على ايقاع الطلاق، ويستند هذا الاتجاه من ناحية إلى أن الطلاق يعد حقاً مطلقاً للزوج المسلم، له أن يستعمله كما يشاء دون معقب، أى دون أن يترتب على استعماله أية مسئولية. فقد أباحت الشريعة الإسلامية الطلاق للزوج ورتبت عليه آثاراً محددة هى استحقاق مؤخر الطلاق، ونفقة العدة التى يراعى فيها حالة الزوج المالية.

- ومن ناحية ثانية فإن المصلحة العامة تقتضى الابقاء على حرية الطلاق دون أن يتعرض الزوج لمسئولية عن مجرد الطلاق، لأن التعرض للتعسف فى إيقاع الطلاق يقتضى حتماً التعرض لأسبابه، بقصد تقدير جديتها ومشروعيتها، وهو أمر يكشف عورات الناس ويفضح أسرار البيوت، وقد يكون الدافع إلى الطلاق أن بالزوجة عيباً نفسياً، أو خُلقياً، أو خِلقياً، يعكر عليها وعلى زوجها صفو الحياة، وفى مثل هذه الحالات يكون من الأوفق ايقاع الطلاق دون بحث أو تعقيب فى شأن أسبابه[1].

- ومن ناحية ثالثة فإن الزوجة حين تتزوج وفق أحكام الشريعة الإسلامية فإنها تعلم مقدماً حقوقها وحقوق زوجها والنتائج المترتبة على ذلك.

---

(١) خاصة وأن تطبيق أحكام التعسف على الطلاق قد يجبر الشخص على الابقاء على زوجية فاشلة لا أمل فى نجاحها.

وبناء على ذلك فلا يجوز للزوجة أن تطلب تعويضاً عن طلاقها سواء استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية «ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء»، سواء استناداً إلى أحكام نظرية التعسف في القانون المدني[1].

المقصد الثاني

الاتجاه القائل بالتعويض

١٢٠- ويذهب هذا الاتجاه، الذي نؤيده، إلى امكانية الحكم بالتعويض على من يطلق تعسفاً، ذلك أنه لابد لمن يطلق زوجته من سبب يقيم عليه هذا الطلاق، وأن يكون السبب جدياً ومشروعاً، فإذا تخلف هذا السبب كان الطلاق محرماً، وهذا المنطق هو منطق الشريعة الإسلامية.

- ومن هنا كانت فكرة الحكم بالتعويض على من يطلق تعسفاً عن كافة الأضرا الأدبية والمادية التي تلحق بزوجته. ومن قبيل تلك الأضرار أن تكون الزوجة قد انقطعت عن عملها بسبب زواجها، ففقدت مورد رزقها، وقد تثور شكوك حول مسلكها بسبب الطلاق، مما يمس سمعتها ومكانتها الأدبية والاجتماعية والعائلية. فضلاً عن الآثار النفسية التي تلحق بالزوجة نتيجة الاحساس بأن الطلاق كان بغير سبب قائم جدي ومشروع. وهذه الأضرار جميعاً تستقل بموجباتها المذكورة عن الحقوق الأخرى للزوجة، أي تضاف إلى حقها

---

(١) راجع في هذه المعاني السابقة استئناف مختلط ١٩٢٢/٦/٢٠ المحاماة س ٧ ص ٣٩٧، استئناف أهلي ١٩٢٧/١٢/١٨ المحاماة س ٨ ص ٤٩٧ و ١٩٣٦/١/٢٢ المحاماة س ١٧ ص ١١٩، مصر الابتدائية ١٩٣١/١١/٩ المحاماة س ١٥ ص ٣٥٦.

الثابت فى مؤخر الصداق ونفقة العدة ونفقة المتعة. لأن هذه الحقوق الأخيرة لا تعد من عناصر التعويض قانوناً.

١٢١- ولكن ما هو الأساس الشرعى للقول بالتعويض عن الطلاق التعسفى؟ نعتقد أن المسألة تبدأ فى البحث عن ما هو الأصل فى الطلاق وهل هو الاباحة أو الحظر. ذلك أن من فقه الشريعة الإسلامية من يقول ان الأصل فيه الاباحة لقوله تعالى «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء»، وإن كان حلالا بغيضاً لقوله صلى الله عليه وسلم «أبغض الحلال عند الله الطلاق». فهو حلال بغيض، لذلك فلا يصح إلا لحاجة خاصة، وقد نقل عن بعض الصحابة أن لا طلاق فى غير ضرورة، أو لأمر عارض يبيحه سعياً إلى الخلاص، فإذا كان بغير سبب أصلا لم تكن هناك حاجة إلى الخلاص، بل يكون حمقاً وسفاهة رأى، ومجرد كفران بالنعمة... فمتى تجرد عن الحاجة المبيحة له شرعاً يبقى على أصله من الحظر، وإذا وجدت الحاجة المذكورة أبيح[1] خاصة فى ضوء قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم «لعن الله كل ذواق مطلاق».

١٢٢- وهذا الرأى يقابله بطبيعة الحال الرأى القائل ان الطلاق مباح ولو بغير حاجة تدعو إليه.

والحقيقة أن الرأى الذى يتحفظ فى إباحة الطلاق، ويجعل منها بغيضة ومقيدة بالحاجة، هو الأكثر اتفاقاً مع نصوص القرآن وأحكام السنة.

---

(١) راجع فى هذه المسألة عرض لآراء الكاسانى والسرخسى وابن عابدين والكمال بن الهمام فى أحكام الأحوال الشخصية فى الفقه الإسلامى للمرحوم الدكتور محمد يوسف موسى، طبعة ١٩٥٨، رقم ٣٣٨ و٣٣٩ ص ٢٥٦ ومابعدها.

١٢٣- لذلك نرى اتفاقاً مع هذا الاتجاه أن الطلاق مباح ولكنه يخضع عند الاقتضاء لرقابة التعسف. ونعتقد أن الزوج يتعسف حين يطلق طلاقاً بغيضاً. وأن الطلاق البغيض هو الطلاق بغير سبب قائم وجدى، أى هو طلاق « الرجل المطلاق » الذى يطلق لمجرد الهوى، والنزوة، فيُلحقُ بزوجته ضرراً مادياً أو أدبياً وبالتالى يتعين التعويض عنه. والشريعة الإسلامية حين وضعت نظام حرية الطلاق إنما وضعته من منطلق مسلمات أهمها أنها تخاطب مسلماً، يعرف حقوقه ويعرف قبلها واجباته، ويخشى ربه فى ممارسة تلك الحقوق وتحمل تلك الواجبات. فالمسلم الملتزم هو الشخصية التى يقوم عليها مفترض خطاب الشريعة فى اباحة الطلاق. وهذا المسلم هو الذى يدرك أن أبغض الحلال عند الله الطلاق، وبالتالى لا يطلق إلا لحاجة أو ضرورة. فإذا انحرف عن هذه المسلمات وجب أن يقع تحت طائلة المسئولية بتعويض مطلقته عما لحق بها من أضرار أدبية أو مادية نتيجة للطلاق غير المشروع.

- ويضاف، تدعيماً لما سبق، أن في الشريعة الإسلامية أصلا عاماً يقيد استعمال الأفراد لحقوقهم بعدم الإضرار بمصالح الغير أو بالمصالح العامة للجماعة، وحق الطلاق لا يخرج عن هذا الأصل الذى يعبر عن سمو الشريعة وتوازن أحكامها وتوفيقها بين المصالح المتقابلة للأفراد، وبين مصالح الأفراد ومصالح الجماعة.

- ومن ناحية أخرى، فإن محكمة النقض المصرية أجازت صحة الاتفاق بين زوج وزوجته على تعويضها فى حالة الطلاق، وقررت أن مثل هذا الاتفاق لا يخالف الشريعة الإسلامية أو النظام العام. ولكن تطبيق هذا الاتفاق غير وارد لو حدث الطلاق بسبب يعود إلى الزوجة التى اضطرت زوجها إلى طلاقها.

والمستفاد من هذا الحكم هو جواز «التعويض الاتفاقى» عن حالة الطلاق. فإذا كان الأمر كذلك فإن من الجائز أيضاً أن يكون التعويض قضائياً، فأصل الاجازة فى الحالتين يجب أن يكون واحدا وهو قابلية الأضرار الناشئة عن الطلاق للتعويض[1].

- وفضلا عما سبق فإن مبدأ التعويض بدأ يستقر لمصلحة أحد الزوجين ضد الآخر فى بعض التشريعات الأجنبية. ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٢٦٦ من القانون المدنى الفرنسى من أنه إذا حكم بالطلاق بسبب خطأ من جانب أحد الزوجين وحده فإنه يجوز الحكم عليه لمصلحة الطرف الآخر بتعويض الأضرار المادية والأدبية الناتجة عن انتهاء العلاقة الزوجية[2].

وعلى هذا النحو فإن التعويض عن الطلاق «البغيض» هو أمر يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، والمبادئ العامة فى القانون، فضلا عن أنه يتفق مع العدالة التى ينشدها القانون دوماً. أما ما يقال من أن فى تجوز الحكم بالتعويض بحث فى أسرار الناس وبيوتهم فمردود عليه بأنه حيث يقوم الخلاف بين طرفين - فى أى نطاق سواء فى الأحوال الشخصية أو فى غيرها - فإن اثارة النزاع وعرضه على القضاء إنما

---

(١) راجع نقض ٢٩ سنة ١٩٤٠ مجموعة القواعد جـ ١ ص ١١٩، ويلاحظ أن تقرير نفقة المتعة لأول مرة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ هو إقرار تشريعى لمبدأ تعويض الزوجة.

(٢) راجع مقال جوتن فى دالوز ١٩٨٠ ص ٢٣٧.

يكون تحت مسئوليتهما المشتركة. وما كانا ليصلا إلى ساحة القضاء لو تراضيا اتفاقياً على التعويض أو على غيره، ولا يجوز أن يحجب عن صاحب حق أن يلجأ للقضاء بمثل هذه الحجة.

- أما ما تحصل عليه الزوجة من مؤخر صداق أو نفقة فهى أمور تتقرر بموجباتها القانونية، أى أن كل منها قائم على سببه، وهى تختلف عن التعويض عن أضرار الطلاق الأدبية أو المادية.

المبحث الخامس

اثبات حالة العقيدة

اتحاداً او اختلافاً

١٢٤- إذا قام نزاع بين زوجين غير مسلمين حول القانون الواجب التطبيق، فإدعى أحدهما أن الشريعة الخاصة هى الواجبة التطبيق نظراً لاتحادهما فى المذهب والطائفة، وإدعى الآخر أنهما مختلفان وتمسك بتطبيق الشريعة الإسلامية، فأى من الطرفين يتحمل عبء الاثبات[1]؟ وهل يكلف كل من الطرفين بإثبات دعواه، عملاً بالقاعدة العامة فى عبء

---

(١) والمقصود بمشكلة الاثبات فى هذا المقام هو إثبات الاتحاد بين طرفى الخصومة المطروحة على القضاء، وليس بينهم وبين طرف آخر يختلف عن أطراف الخصومة، ذلك أن المناط فى اختيار الشريعة الواجبة التطبيق هو فى اتحاد الملة أو اختلافها وما يستتبعه ذلك من تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة، أو إحدى الشرائع الخاصة، هو المنازعة المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المطلوب اصدار حكم القضاء فى شأنها، ووضع لذلك معياراً موضوعياً بحتاً أتخذ=

الاثبات، بأن البينة على من ادعى. وبمعنى هل نعتبر كلا من الطرفين مدع بالنسبة لما يتمسك به، أم نعتبر أن هناك أمراً يعد ثابتاً أصلا، فلا يكلف من يتمسك به بإثباته، وفي هذه الحالة يكلف بالاثبات من يدعى خلافاً لهذا الأصل؟

١٢٥- ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عبء الاثبات يقع على من يدعى الاتحاد فى المذهب أو الطائفة، وذلك لأن المشرع اعتبر أن الأصل هو خضوع الأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية، ثم حدّد اختصاص الشرائع الخاصة على وجه الاستثناء إذا ما توافرت شروط معينة، حددتها المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ثم القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠. وبالتالى فإن الاثبات يقع على من قال بخضوع نزاعه للقاعدة الاستثنائية التى تقضى بتطبيق الشرائع الطائفية، بل ان على المحكمة ذاتها أن تتثبت من توافر شرط الاتحاد إذا أرادت تطبيق الشرائع الطائفية، فتكلف من يقول بالاتحاد[1] باثبات ذلك، إذا قام

= فيه من العلاقة التى نشأت عنها، أو بسبب المنازعة، ومن أطراف العلاقة بالذات، الأساس الذى يحدد الشريعة الواجبة التطبيق تبعاً لاتحدهما أو اختلافهما طائفة أو ملة باعتبار هذه العلاقة هى محل التداعى وموضوعه، وبذلك فرق المشرع بين المنازعة التى يعنيها النص، بالمعنى سالف الذكر، وبين الخصومة التى يجوز أن تتردد بين أشخاص يختلفون فى الملة والطائفة عن أطراف العلاقة المتنازع فى شأنها دون أن يكون ذلك مسوغاً لتطبيق الشريعة العامة التى لا تطبق متى كان أطراف العلاقة موضوع المنازعة متحدى الملة والطائفة «نقض ١٩٧٩/١/١٠» سبقت الاشارة إليه.

(١) اهاب اسماعيل، أصول الأحوال الشخصية، ص ١٣٥.

لديها الشك، حتى لو سلم الخصوم بالاتحاد . . . وذلك منعاً للتواطؤ بينهم.

- وهذا الرأى منتقد لأنه يحدد عبء الاثبات وفق القانون الذى ينطبق، وهل هو أصل أم استثناء. فالشريعة الإسلامية عنده هى أصل فى التطبيق، ومن يتمسك بما يؤدى إلى تطبيقها - الاختلاف فى المذهب أو الطائفة - إنما يتمسك بأصل لا يتحمل معه بعبء الاثبات. أما من يتمسك بالشريعة الخاصة فهو يتمسك باستثناء على الأصل السابق ويتعين عليه أن يقيم الدليل على ما يستوجب تطبيقها، وهو الاختلاف. وواضح ما فى هذا المنطق من خلط بين قواعد الاثبات والقانون الواجب التطبيق (وهل هو قانون أصل، أم قانون استثناء). والحقيقة أنه لا علاقة بين الأمرين.

١٢٦- لذلك فإن أمر تحديد عبء الاثبات يتحدد فقط على ضوء معرفة هل الأصل بين غير المسلمين هو الاتحاد أم الاختلاف. ومن القواعد الثابتة فى نظرية الاثبات عند تحديد من هو المدعى، أن المدعى هو من إدعى على خلاف الظاهر، أصلا، أو عرضاً، أو فرضاً[١]. لذلك يكون السؤال عن ما هو الوضع الظاهر أصلا عند المسيحيين؟ وهل هو أن زواجهم يتم بين المتحدين مذهباً وطائفة، أم يتم بين المختلفين؟ الواضح أن الأصل هو الاتحاد، لأن الوضع الطبيعى أن يسعى الشخص إلى الزواج من مذهبه وطائفته، بل ان ذلك قد يشترط لصحة

(١) سليمان مرقص، أصول الاثبات وإجراءاته، الجزء الأول سنة ١٩٨١، ص ٩٠.

الزواج عند بعض الطوائف (كالأقباط الأرثوذكس والسريان الأرثوذكس... الخ)، مما تثور معه الصعوبات عندما يكون المقدمان على الزواج من مذهبين أو طائفتين مختلفتين، لذلك كان الاتحاد هو الوضع الطبيعي الغالب عند المسيحيين، ولا يؤثر في غلبته أن بعضهم قد يخرج عليه في بعض الحالات.

- لذلك ننتهي إلى أن الأصل عند المسيحيين هو الاتحاد، وأن على من يدعي الخلاف أن يقيم الدليل على صحة ادعائه لأنه - أي هذا الأخير - يدعي خلاف الوضع الظاهر أصلا[1].

ويعتبر مجرد الاختلاف واقعة مادية، لذلك يجوز لمن يدعيه أن يقيم عليه الدليل بكافة طرق الاثبات، بما في ذلك البينة والقرائن والاقرار بالاضافة إلى الوثائق المكتوبة كشهادة الميلاد أو الشهادة الصادرة عن الكنيسة المختصة أو القيد في سجلاتها.

١٢٧- ولكن يتعين أن نشير في هذا المقام أنه لابد أن يقوم الدليل مؤكداً على واقعة الاختلاف. وفي بعض الحالات لا يجدي في نفي ذلك مجرد الافصاح عن الاتحاد الصادر عن كنيستين، إذا كانت الكنيستان مختلفتين طائفة. ولذلك قضى بأنه إذا كان الزوج يتبع الكنيسة السريانية بينما تتبع الزوجة الكنيسة القبطية الأرثوذكسية فإن قول

---

(١) راجع في الموضوع عبدا لناصر العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين، الطبعة الخامسة ص ٤٦ و٤٧.

الزوجة أنها متحدة في الملة والطائفة مع الزوج - استناداً إلى ما قرره المجمع المقدس للأقباط الأرثوذكس في فبراير سنة ١٩٦٥ من أن الكنيسة القبطية الأرثوذكسية والكنيسة السريانية الأرثوذكسية هما كنيسة واحدة في الايمان والعقيدة والمذهب، وليس بينهما أي خلاف في أمر من أمور الدين المسيحي، وما قرره المجمع المقدس لبطريركية انطاكيا وسائر المشرق للسريان الأرثوذكس في ١٤ يناير ١٩٦٥ من أن الكنيستين السريانية والقبطية شقيقتان متحدتان بالايمان والعقيدة وليس بينهما أي فرق مذهبي أو خلاف عقائدي؛ وهذا القول غير صحيح في القانون ويقوم على الخلط بين الملة والطائفة[١].

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٦٦/١٠/٣٠ قضاء الأحوال الشخصية، صالح حنفي، ص٤٦٣ ومابعدها. وقد أضاف هذا الحكم أن المسيحيين كانوا في أول أمرهم فرقة واحدة يجمع بينهم أنهم أتباع السيد المسيح عليه السلام ثم انشقوا إلى فرقتين للكاثوليك والأرثوذكس - حول طبيعة السيد المسيح - ثم نادى مارتن لوثر بمذهب جديد.. وسمى أنصاره بالبروتستانت .. ولم يقف الأمر بالمسيحيين عند هذا الأمر بل انقسم أفراد كل ملة إلى عدة طوائف تربط بين أفراد كل طائفة منهم رابطة الجنس أو اللغة أو العادات مما يجعلها تستقل برؤسائها الدينيين وعباداتها الداخلية.. وإذا كانت قرارات المجمع المقدس للأقباط الأرثوذكس والمجمع المقدس للسريان الأرثوذكس لم تتضمن سوى تقرير أن كل كنيسة من الكنيستين القبطية والسريانية تتفق مع شقيقتها في الايمان والعقيدة وليس بينهما أي خلاف مذهبي أو عقائدي، دون أن تتضمن اندماج أي من الكنيستين في الأخرى، فإن هذه القرارات لا تعدو أن تكون تقريراً لوحدة ملة رعايا الكنيستين، ولكنها لا تعبر عن وحدة الطائفة فمازال لكل كنيسة كيانها ورئاستها وطائفتها التي تنتسب إليها. وإذا كان الأمر كذلك فإن الاقباط الأرثوذكس لا يكونون طائفة واحدة مع السريان الأرثوذكس بل إن كل فريق منهم يعد طائفة مستقلة عن الأخرى الأمر الذي يمتنع معه تطبيق أحكام شريعتهم الخاصة».

- ولكن يلاحظ من ناحية أولى:

١٢٨- وفى هذا المقام، ما سبق أن أشرنا إليه من أن التابعين للمذهب البروتستانتى يعتبرون فى مصر طائفة واحدة (الأمر العالى الصادر فى أول مارس سنة ١٩٠٢). ولذلك فلا اختلاف في الطائفة بين زوجين بروتستانت حتى لو كان أحدهما تابعاً لكنيسة الانجيليين الوطنية والآخر تابع لطائفة الادفنست. وقد قضت محكمة النقض في هذا الاتجاه «بأن مناط تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على غير المسلمين بالتطبيق للمادتين ٦ و٧ من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ هو اختلاف الطرفين فى الملة والطائفة، وإذا كان المطعون عليه قد انضم إلى جماعة الادفنست بعد أن كان يتبع كنيسة الانجيليين الوطنية، وكلاهما من شيع المذهب البروتستانتى، فإن ذلك لا يعد بذاته تغييراً للطائفة أو الملة تجيز له ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفق الشريعة الإسلامية، ويكون الحكم إذا أقام قضاءه على سند من أن مجرد انتماء المطعون عليه لطائفة الادفنست يجعله والطاعنة، التى لازالت تنتمى لطائفة الانجيليين الوطنيين، مختلفى الملة والطائفة،قد أخطأ فى تطبيق القانون مما يتعين معه نقضه»[1][2].

---

(١) نقض ١٩٧٩/٣/٢٨ طعن ٢٩ س ٤٧ ق، ونقض ١٩١٨/١/٢٦ طعن ٢٣ س ٤٦ ق، وراجع نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ طعن ٧٨ س ٧١، وطعن ١٩٨٦/١٢/١٦ طعن ٢٣ س ٥٦ ق.

(٢) راجع من الأحكام التى رددت مبدأ أن اتباع المذهب البروتستانتى فى مصر على اختلاف مذاهبهم وكنائسهم طائفة واحدة هي طائفة الانجيليين، وأن أثر ذلك هو عدم اعتبار الانتماء إلى أية كنيسة أو شيعة أو فرقة ابتعدت عنه تغييرا للعقيدة: نقض ١٩٨٥/٤/٩ طعن ٤١ س ٥٤ ق. ونقض ١٩٨٣/٣/١٦ طعن ٣٠ س ٥٢ ق.

ويلاحظ من ناحية ثانية:

١٢٩- أنه فى شأن ذات الدليل الذى يتخذ سبيلا للاثبات، من حيث شروطه الموضوعية لصحته وبيان قوته، وأثره فى الاثبات من الناحية القانونية، فإن كل هذه الأمور تبقى خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية المتمثلة - فى مصر - فى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة. ولذلك فإن هذه الأمور لا تخضع لقانون المرافعات، وإنما يخضع لقانون المرافعات - فى شأن الاثبات - إجراءات هذا الاثبات فقط، كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية[1].

- وتظهر هذه التفرقة السابقة عندما تكون الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق، لذلك فإن الحكم السابق ذكره جاء نقضاً لحكم صادر عن محكمة استئناف كان قد أقر أن المدعية أثبتت دعواها بالمحرر العرفى المقدم منها (قائمة الجهاز) باعتبار أن ذلك كاف لاثبات الدعوى، دون حاجة إلى اثبات آخر، باعتبار أن الأوراق العرفية حجة فيما دون بها على من وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه صراحة من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة، وذلك عملا بالمادة ١٤ من قانون الاثبات، ولهذا

---

(١) نقض مدنى ١٩٧٥/٦/٢٣ س ٢٦ ص ١٢٤١، ونقض ١٩ يناير سنة ١٩٨٨ مجموعة أحكام النقض س ٣٩ ص ١١٤ حيث قضت أنه من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن الإجراءات الشكلية للاثبات فى مواد الاحوال الشخصية تخضع للقواعد المقررة فى قانون المرافعات.

السبب كان حكم النقض المشار إليه نقضاً[1] لهذا القول، على أساس أن إعمال المادة ١٤ اثبات على واقعة الدعوى هو خطأ فى الاسناد إذ أن الواجب تطبيقه هو أرجع الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة أخذاً بالتفرقة السابق ذكرها .

المطلب الاول

كيفية اثبات الاتحاد او الاختلاف

١٣٠- أشرنا فيما سبق، أن الاتحاد أو الاختلاف فى الملة أو الطائفة أو الديانة، يعتبر من الوقائع المادية التى يجوز اثباتها بكافة الطرق. ولا شك أن من المبادئ التى تحكم الاثبات، وأوضاعه، مبدأ الإستصحاب، أى إستصحاب الحال. فإذا كان الثابت مثلا أن أحد الخصوم قد ولد على دين معين ومذهب بذاته وطائفة محددة، وأنه مقيد بدفاتر الكنيسة التابع لها، وقد قدم أوراق الكنيسة التى تفيد ذلك. فإن الأصل هو بقاؤه على هذه الحال، استصحاباً للوضع السابق، وأن على من يدعى العكس سواء هو أو غيره (خصمه) أن يقيم الدليل على هذه الحالة الأخرى.

وقد قضى فى هذا المعنى أنه إذا كان المدعى قد قرر أنه ولد بروتستانتياً ومن أبوين يعتنقان هذا المذهب، وعمد بكنيسة البروتستانت هو وأخوته، وأن الكنيسة تؤكد أنه من أتباعها وليس فى الأوراق ما

---

(١) نقض ١٩٥٤/١٢/١٨ مجموعة أحكام النقض س ٩ ع١ ص ٣٦.

يفيد أنه اعتنق مذهباً مخالفاً للمذهب الانجيلي البروتستانتي، وأن المدعى عليه كذلك أيضاً، فوجب إذن استصحاباً للحال اعتبار المدعى عليه بروتستانتياً ما دام لم يقم دليل معقول على العكس(١).

ومن ناحية ثانية فإن اقرار الطرفين طيلة مراحل الدعوى أمام المجلس الملي (قبل الفائه) بالاتحاد في الطائفة والملة (أقباط أرثوذكس) واستمرار المدعى عليه على هذه الحال، لا يدعى غير ذلك، حتى صدور الحكم النهائي من المجلس الملى العام، فإن ادعاءه، لأول مرة أمام محكمة النقض، أنه من أتباع المذهب الانجيلي لا يفيده في شئ(١).

وكذلك الشأن في حالة استطراد الزوجين في القول بأنهما مختلفان حيث يؤخذا بهذا الاستطراد. ولا يؤثر في ذلك قبول أحد الطرفين إجراء الخطبة وعقد الزواج وفقاً لشريعة الطرف الآخر، فمثل هذا القبول ليس دليلا يثبت الانضمام إلى هذه الشريعة الأخيرة، وبالتالى لا يثبت الاتحاد بينهما. وقد قضت محكمة النقض صراحة في هذا المعنى أنه ومتى كانت الزوجة المدعية قد قدمت ما يفيد أنها ولدت كاثوليكية لاتينية وعمدت كذلك في الكنيسة اللاتينية وأنها ظلت على ولائها لمذهبها الكاثوليكى وفقاً للشهادات الطائفية التى قدمتها، كما ثبت أنها بعد زواجها وبعد تقريرها في محضر الخطبة أنها كاثوليكية عمدت ولدها الذى كان ثمرة هذا الزواج بالكنيسة الكاثوليكية، دون اعتراض

---

(١) نقض ١٩٥٦/٦/٢٦ المحاماة س ٣٧ ص ٥٥٠.

زوجها المدعى عليه، وكان رضاء هذه الزوجة بإجراء هذا الزواج أمام كنيسة الأقباط الأرثوذكس التى ينتمى إليها المدعى عليه وقبولها اتباع طقوس هذه الكنيسة ونظمها، لا يفيد بذاته تغيير المذهب أو الملة. لما كان ذلك فإن المجلس الملى للأقباط الأرثوذكس لا يكون مختصاً بنظر النزاع ويكون الاختصاص للمحاكم الشرعية[١]، وأن تمام الخطبة أو ابرام عقد الزواج وفقاً لطقوس الطائفة التى ينتمى إليها أحد الزوجين لا يسوغ له التحدى بانضمام الزوج الآخر إلى ذات الطائفة التى تمت الخطبة أو ابرام الزواج على أساسها ولا ينهض بذاته دليلا على تغيير طائفته أو مذهبه لأنه قد يكون المراد به مجرد تيسير توثيق العقد دون المساس بالملة أو المذهب الذى يدين به[٢]. ولا ينهض بذاته دل لا على تغيير طائفته أو مذهبه لأنه قد يكون المراد به مجرد تيسير توثيق العقد دون المساس بالملة أو المذهب الذى يدين به[٣].

وأخيراً فإنه قد يتصادف أن يجمع الشخص بين ملتين مسيحيتين فى وقت واحد. ومن الناحية القانونية ليس هناك ما يمنع من توافر هذا الفرض عملا، وفى هذه الحالة يتوافر الاتحاد إذا كانت إحدى الملتين تتفق

---

(١) نقض ١٩٥٥/٣/٢٦ المحاماة س ٣٦ ص ٣٣٢.

(٢) يلاحظ أن مجرد عماد الشخص فى كنيسة بذاتها لا يقطع بذاته بالانتماء إلى هذه الكنيسة وللمحكمة من جميع ما يقدم لها من أدلة للثبوت أن تأخذ بالدليل الذى تطمئن إليه.

(٣) نقض ١٩٧٦/١٢/٢٩ طعن ٣ س ٤٦ ق.

مع ملة الطرف الآخر. وهذا الحكم يتفق مع المصلحة فى استقرار العلاقة الزوجيـــة، إذ من الأولى، عند تعـــدد ملل أحـــد الزوجين، أن نأخـذ فى الاعـتبـار تلك التى تتفق مع ملة الآخر، حتى يمكن أن نطبق عليـهـما الشريعة الخاصة، خاصة وأن الانتماء إلى الملة الأخرى المختلفة قد تكون مجرد سبيل إلى الهروب من تطبيق الشريعة الخاصة سعياً وراء تطبيق الشريعة الإسلامية، لمصلحة يبتغيها صاحبها إضراراً بالطرف الآخر.

ونعرض بعد هذه الأسس العامة لوسائل الاثبات الخاصة الممكنة فى نطاق العقيدة والطائفة، سواء فى اتجاه اثبات الاتحاد أو اثبات الاختلاف وأهمها قرارات الانضمام والفصل.

المطلب الثانى
الاثبات فى حالات الانضمام والفصل

المقصد الأول
الانضمام ومشكلاته

١٣٢- لقد أحيطت مشكلة تغيير العقيدة بقدر كبير من الدقة والحساسية وذلك بسبب ما سبق أن عرضنا له من أن التغيير قد يكون فى كثير من الحالات تغييراً قائماً على الغش، ومستهدفاً تغيير القانون الواجب التطبيق، دون أن يكون بالتالى قائماً على عقيدة حقيقة ومخلصة وأشرنا إلى أن محكمة النقض رفضت البحث فى النوايا الداخلية التى قد تقف وراء التغيير، قولاً بأن التغيير يتم بالانضمام إلى المذهب الجديد واقام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية. لذلك كان من

المشاكل المثارة فى نطاق الاثبات كيفية الانضمام، وما قد يرتبط به من مشكلات، وما قد يعقبه من فصل الشخص بعد قبوله لدى كنيسة معينة. ونعرض لهذه المشكلات على التوالى: سلطة الكنيسة فى قبول طلبات الانضمام، وهل يلزم لاتمامه اخطار الطائفة القديمة، ثم سلطة الكنيسة فى سحب أو إلغاء قرار الانضمام السابق صدوره عنها، وأثر ذلك من الناحية القانونية.

البند الأول: سلطة الكنيسة فى قبول طلبات الانضمام:

١٣٣- اتجهت أحكام محكمة النقض المصرية إلى أن تغيير الطائفة أو الملة هو أمر يتصل بحرية العقيدة، إلا أنه عمل إرادى من جانب الجهة الدينية المختصة، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وابداء الرغبة، ولكن بعد الدخول فيه وإتمام طقوسه الدينية ومظاهره الخارجية»[1][2].

وبذلك تكون محكمة النقض قد أحالت سلطة البت في أمر الانضمام أو رفضه إلي الجهة الدينية للطائفة أو الملة التي يرغب الشخص فى الانضمام إليها. ومن حق هذه الجهة أن تبحث الطلب وأن تتحقق من جديته وسلامة مقصد صاحبه، وما إذا كان عند طلب التغيير سئ النية لم يستهدف من ورائه سوى التحايل على القانون. وهي فى ذلك تصدر

---

(١) راجع عبد الناصر توفيق العطار، السابق، ص ٣٨ ومابعدها.

(٢) مثلا نقض ١٩٨١/١/١٧ طعن ٤٦ س ٤٨ ق، ١٩٨٥/٤/٩ طعن ٤١ س ٤٩ ق، ١٩٧٩/٣/٢٨ طعن ٣٩ س ٤٧ ق، ١٩٧٣/٣/٢٩ طعن ٢١ س ٤٥ ق.

قراراً دينياً يدخل فى صميم أعمالها واختصاصاتها، والتى تقتضى أن يلتزم اتباع كل جهة دينية بالولاء لها والخضوع لتعليماتها خاصة فى شأن منح الأسرار الدينية المقدسة وقبول أو رفض طلبات الانضمام[١].

وعلى هذا النحو السابق تكون محكمة النقض قد أعفت المحاكم من مشقة البحث فى دافع التغيير، وتركت هذه المسألة للكنائس تبحثها عند انتقال الأشخاص من كنيسة إلى أخرى تغييراً للعقيدة أو الطائفة فإذا انتهت الكنيسة إلى قرار بالقبول أصبح أمر التغيير مفروغاً منه وتعين على المحكمة أن تلتزم به، وهى فى ذلك لا تملك سوى التحقق من تمام التغيير مستوفياً أوضاعه الشكلية والرسمية لدى الجهة الدينية المختصة[٢].

١٣٤- غير أننا يجب أن نلاحظ أنه يشترط لصحة التغيير أن يكون الطالب أهلا لممارسة حرية تغيير العقيدة. والأهلية المقصودة فى هذا المقام هى بلوغ الشخص السن التى تزول معها الولاية على النفس. وقد قضت محكمة النقض فى ذلك بأن «الاقرار بالانضمام إلى إحدى

---

(١) نقض ١٩٧٨/٢/٢٨ طعن ٣ س ٤٧ ق، ١٩٧٧/٣/٩ طعن ٢١ س ٤٥ ق، ١٩٧٧/١/٢٦ طعن ١٥ س ٤٥ ق، ١٩٧٢/٥/١٧ طعن ٨ س ٣٩ ق.

(٢) لذلك قضي بأنه «وحيث أن الثابت بالأوراق أن الإجراءات التى اتخذها المدعى سبيلا لتغيير طائفته من الأرثوذكسية إلى الانجيلية لم تتم على وجه رسمى.. فإن ما يراه المدعى حسب اعتقاده أن التغيير قد حصل بوجه رسمي ساقط الحجة ويتعين الالتفات عنه» القاهرة الابتدائية ٢٢ يونيو سنة ١٩٥٨، مشار إليه فى صلاح الدين عبد الوهاب، السابق ص ٧٨.

الطوائف الدينيــة مـرتبط بـالولاية على النفس، دون المال، فـلا يشـتـرط لصحتـه أن يكون المقر قـد بلغ سن الحادية والعشرين مـيلادية، وهى سن الرشـد القـانونى اللازم لصحـة التـصـرفـات الماليـة، بل يكفى بلوغ سن الخامسـة عـشرة التى تزول معـهـا الولاية على النفس. وإذاً فـمـتى كـانت الزوجة عند اقرارها بالانضمام إلى طائفة الروم الكاثوليك قد تجاوزت سن الخامسة عشرة، فزالت عنها الولاية على النفس، وأصبحت تملك مباشرة زواجـهـا بنفسـهـا، فـإنه يكون فى غـيـر مـحله الطعن على هذا القـرار بالبطلان لعدم بلوغـهـا سن الحادية والعشرين مـيـلادية وقت صـدوره[1] منها.

وتختلف سن الولاية على النفس باختلاف الطوائف فى كـثير من الحالات، فمن الطوائف من يجعلها خمسة عشر عاما، كما هو الحال عند الروم الأرثوذكس (م ١٦٩ من مجموعة سنة ١٩٣٨) ومنهم من يجعلها احدى وعـشرين عـامـا كـالأقـبـاط الأرثوذكس، أو ثمـانيـة عـشر عـامـاً كالانجيليين، وعند الكاثوليك ستة عشر عاماً للولد وأربعة عشر عاماً للفتاة.

١٣٥- غير أن المحكمة الدستورية العليا قضت فى ٦/ ١٢/ ١٩٩٧ فى الدعوى رقم ٧٩ س ١٨ ق دستورية بعدم دستورية المادة ١٦٩ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط

---

(١) نقض ٢٩/١١/١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض س ٦ عدد أول ص ١٢.

الأرثوذكس لعام ١٩٣٨ وذلك فيما تضمنه من بقاء الصغير المشمول بالولاية على النفس تحت يد لولى عليه بعد بلوغ سن الواحدة والعشرين أو بعد البلوغ الطبيعى أي الواقعتين أقرب زمناً.

ووفقاً لهذا الحكم، بعدم الدستورية، لا يجوز التفرقة فى سن زوال الولاية على النفس بين المصريين المسلمين وغير المسلمين، ذلك أن سن انتهاء هذه الولاية على النفس تتحدد وفقاً للراجح فى مذهب الإمام أبى حنيفة.. وكان هذا التحديد أوثق اتصالاً بمصلحة الصغير فى مسألة لا تتصل بأصول العقيدة وجوهر بنيانها، ولا يجوز فى غير المسائل التى حسمتها نصوص دينية مقطوع بثبوتها ودلالتها أن يمايز المشرع فى مجال ضبطها بين المصريين تبعاً لدياناتهم، تقديراً بأن الأصل هو تساويهم جميعاً فى الحقوق التى يتمتعون بها، وكذلك على صعيد واجباتهم. والأسرة القبطية هى ذاتها الأسرة المسلمة فيما خلا الأصول الكلية لعقيدة كل منهما، تجمعهما التقاليد والقيم عينها وإلى مجتمعهم يفيئون تقيداً بالأسس التى يقوم عليها فى مقوماتها وخصائصها، وتعبيراً عن انصهارهم فى اطار أمتهم، ونأيهم عن اصطناع الفواصل التى تفرقهم أو الدعوة إليها. فقد صار محتوماً ألا يمايز المشرع بينهم فى مجال الولاية على النفس التى تتحدد مراكزهم بشأنها سواء فى موجباتها أو حد إنتهائها، وإلا كان التمييز منفلتاً عن الحدود المنطقية التى ينبغى أن يترسمها، ومخالفاً بالتالى لنص المادة (٤٠) من الدستور، ومجاوزاً كذلك الحق فى الحرية الشخصية التى يكون التماس وسائلها - ويندرج انتهاء الولاية

على النفس تحتها - مطلباً لكل مواطن وفقاً لنص المادة (٤١) من الدستور.. كما أن الدستور قد دل بالمواد (٩ و١٠ و١١ و١٢) منه على أن للجماعة مقوماتها الأساسية التى لا يجوز أن ينعزل بنيان الأسرة عنها باعتبار أن تكوينها وصونها علي امتداد مراحل بقائها، أكفل لوحدتها وادعى لاتصال أفرادها ببعض من خلال روافد لا انقطاع لجريانها، يتصدرها إرساء أمومتها وطفولتها بما يحفظها ويرعاها.. وهذه الأسرة ذاتها، بغض النظر عن عقيدة أطرافها، لا يصلحها مباشرة الأولياء لولايتهم على أنفس الصغار دون ما ضرورة ولا مجاوزتهم مقاصد ولايتهم هذه بما يخرجها عن طبيعتها ويزجها بالولاية على المال سواء في سبب نشوئها أو انتهائها، وإنما ينبغى أن يكون لكل من الولايتين دوافعها وشروط انقضائها، فلا يتزاحمان مع بعضهما. وشرط ذلك أن يكون للولاية على نفس الصغار زمنها فلا يكون بقاؤها مجاوزاً تلك الحدود المنطقية التى تقتضيها مصلحتهم فى أن يمارس أولياؤهم عليهم اشرافاً ضرورياً لتقويمهم.. ومن ثم يكون بلوغ الصغير بلوغاً طبيعياً كافياً لزوالها.. وتلك هى القاعدة الموحدة التى ينبغى لكل أسرة التزامها ضماناً لترابطها واتساق نسيجها مع مجتمعها»[1]. وبذلك أصبح سن زوال الولاية على النفس واحداً للمصرين جميعاً وهو ١٥ عاماً.

البند الثانى: هل يلزم لتمام الانضمام اخطار الطائفة القديمة:

١٣٦- نظراً لأن تغيير العقيدة يصاحبه عادة الانتقال من طائفة،

(١) حكم الدستورية العليا، السالف ذكره.

هى الطائفة الأصلية للشخص، إلى طائفة أخرى جديدة، فإن السؤال ثار حول ما إذا ان من اللازم لتمام الانضمام أن يتم اخطار الجهة القديمة؟

عـرضت هذه المسـألة على محكمة النقض، وكانت محكمة استئناف القاهرة قد ذهبت إلي أنه لا يكفى لتغيير الطائفة أو الملة أن ينتمى الشخص إلى طائفة أو ملة جديدة وإنما يجب بالاضافة إلى ذلك أن يتم اخطار الطائفة والملة القديمة بانتمائه الجديد، حتى تكون الطائفة القديمة على بينة من التغيير، وحتى تتمكن من رفع اسم الشخص من سجلات المنتمين إليها. ورتبت محكمة الاستئناف على عدم الاخطار بقاء الشخص منتمياً إلى طائفتين فى وقت واحد. غير أن محكمة النقض حيث عرضت عليها هذه المسألة قضت بأن الانضمام يتم - وكما سبق القول - باتخاذ إجراءاته الخارجية والرسمية «ولا يتوقف على اخطار الطائفة القديمة، والقول بوجوب اخطار الجهة الدينية التى تتبعها الطائفة أو الملة القديمة لا مفهوم له إلا أن يكون لهذه الجهة الحق فى أن توافق أو تعترض على حصول هذا التغيير وهو وضع شائك. وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أنه لا يكفى تغيير الطائفة أو الملة الجديدة وإنما يجب فوق ذلك أن تخطر الطائفة أو الملة القديمة، فإنه يكون قد خالف القانون ،أخطأ فى تطبيقه»(١).

١٣٧- ونعتقد أن حكم النقض هو الأكثر اتفاقا مع المنطق

---

(١) نقض ٢٣/٢/١٩٦٦ مجموعة الأحكام س ١٧ ص ٦٨٥.

القانونى السليم ذلك أن الجهة الدينية الخاصة بالملة أو الطائفة القديمة لا تملك شيئاً إزاء تغيير أحد أتباعها لعقيدته أو طائفته، بل انها لا تستطيع أن تفرض أي قيد مانع من التغيير، وإلا كان فى ذلك من المساس بالعقيدة ما تأباه مبادئ النظام العام. فضلا عن أنه بتمام انضمام شخص إلي كنيسة جديدة يصبح منفصلا عن الكنيسة القديمة، ومن هنا لا مجال للتخوف الذى أبدته محكمة الاستئناف من أن يصبح الشخص منتمياً إلى طائفتين فى وقت واحد. أما مسألة رفع اسم الشخص من سجلات الجهة الدينية القديمة، فهى مسألة عديمة الأهمية ولا يجوز الوقوف عندها.

البند الثالث: سحب قرار قبول الانضمام أو الغاؤه:

١٣٨- أشرنا إلى أن محكمة النقض أوكلت أمر التحقيق، فى جدية الانضمام، إلى الجهة الدينية التى يطلب الشخص الانضمام إليها، بحيث تتحقق من عقيدة الشخص وإيمانه، والقرار الصادر من الجهة الدينية، فى هذا الصدد، يعتبر من أعمالها الدينية وليس من أعمالها الإدارية. والأولى لا تخضع لرقابة القضاء على عكس الثانية. وفى هذا قضت محكمة القضاء الإدارى بأنه «يجب التمييز بين أعمال البطركخانة الإدارية التى تخضع لرقابة القضاء الإدارى وأعمالها الدينية التى لا تخضع له وتستقل بإصداره دون أن تقدم عنه حساباً أمام القضاء أو أمام أى سلطة زمنية، وبصفة خاصة الأعمال التي يصدرها البطريرك نفسه بصفته رئيس الطائفة الروحى.. ولما كان القرار المطعون فيه قد صدر باعتبار انضمام المدعى إلى الكنيسة الكاثوليكية باطلا وكأنه لم يكن

ومحو اسمه من السجلات.. وبتطبيق معايير تمييز القرار الإدارى على القرار المطعون فيه، يتبين أن هذه المعايير، الشكلى والموضوعى منها، قد تخلفت، ذلك أن القرار قد صدر من البطريرك بصفته الدينية، وليس كجهة إدارية لها سلطة عامة وإرادة ملزمة، وكل ما ينتجه هذا القرار من أثر هو دينى محض، مؤداه اخراج المدعى من الطائفة الكاثوليكية ورده إلى الطائفة الأرثوكسية وهى طائفته الأصلية التى خرج منها بدوافع الزواج والطلاق، وليس فى هذا ما يمس حرية المواطن ولا حقوقه كمواطن ولا تأثير له على أهليته العامة أو أهليته المدنية ومن ثم لا يكون القرار المطعون فيه قراراً إدارياً يجوز الطعن بإلغائه[1].

ونعتقد أن هذا الاتجاه من جانب محكمة القضاء الإدارى يصادف الفهم الصحيح لفكرة القرار الإدارى. فقرار الجهة الدينية بقبول الانضمام أو رفضه أو سحبه ليس قراراً إدارياً بالمعنى الفنى، وبالتالى لا يرد عليه الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة.

البند الرابع: التساؤل عن مدى رقابة القضاء العادى لقرار الجهة الدينية بسحب قرار الانضمام أو الغائه:

١٣٩- قد تقوم الجهة الدينية التى انضم إليها الشخص بسحب أو الغاء (أو بطلان)[2] قرار الانضمام، فإذا ما تم ذلك اعتبر الانضمام كأن

---

(١) محكمة القضاء الإدارى ١٩٥٧/٤/١٦ مجموعة أحكام القضاء الإدارى س ١١ - ١٩٥٧ - ص ٣٥٥.

(٢) يلاحظ أن استعمال كلمات السحب والإلغاء والبطلان هنا لا تعنى مـ[illegible]ـامين هذه المصطلحات من الناحية الق[illegible]ـاماً إنما هى تعبر عن عدول الجهة الدينية بصفة عامة عن قرارها بقبول الانضمام.

لم يكن، وكأن التغيير لم يحدث، بحيث يعود الشخص إلى ملته أو طائفته القديمة. ويعود هذا المبدأ إلى أنه لا يمكن الفصل بين الغاء الانضمام أو سحبه وبين انعدام أثره. وفى ذلك **تقرر محكمة النقض أن «بطلان انضمام الطاعن (الزوج) لطائفة السريان الأرثوذكس مؤداه أن تغييرا لم يحصل فى طائفته، بل يظل كما كان قبطياً أرثوذكسياً**، وإذ لا يتصور الفصل بين بطلان الانضمام وبين انعدام أثره، فلا يكون محل للقول بإمكان تطبيق الشريعة الإسلامية على واقعة النزاع، وإذ رتب الحكم على بطلان الانضمام إلى طائفة السريان الأرثوذكس أن الزوجين متحدا الطائفة والملة وطبق فى شأنهما شريعة الأقباط الأرثوذكس، وهى لا تجيز الطلاق بالإرادة المنفردة فإنه يكون قد طبق القانون على وجهه الصحيح»[1].

١٤٠- وعلى هذا النحو السابق فإن ابطال الانضمام قد يثير نزاعاً ثم انعكاسات على علاقة الطرفين خاصة فى شأن القانون الواجب التطبيق وهل هو قانون حالة الاتحاد أم حالة الاختلاف. **لذلك فإن الجدل حول بطلان الانضمام أو صحة سحبه، وما ترتب على ذلك من آثار، قد يصل إلى القضاء العادى ليقول فيه كلمته**، فما مدى سلطة هذا القضاء فى هذا الخصوص؟

ليس من شك فى أن سلطة الجهة الدينية فى قبول انضمام عضو إليها، ثم اصدار قرار بسحب هذا الانضمام، أو بطلانه عند اللزوم، يقوم

---

(١) نقض ١٩٧٢/٥/١٧ طعن ٨ س ٣٩ ق.

أولا على ما لهذه الجهة من سلطة دينية على رعاياها من ناحية، أو على سلطاتها، كجهة دينية، في أن تبحث في دوافع التغيير قبل قبوله، وهل صدر عن نية صادقة، أم أنه، على العكس، بنى على دوافع الغش هروباً من الشريعة الأصلية الواجبة التطبيق. وهذا البحث هو من حق الكنيسة باعتبارها صاحبة الهيمنة على شئونها الدينية. ومن هذه المفاهيم كان ما قررته محكمة النقض من أن الانضمام هو عمل إرادي من جانب الجهة الدينية، لا ينتج أثره بمجرد الطلب، بل لابد من قبول طلب الانضمام واتمام طقوسه الخارجية والرسمية لدى الجهة صاحبة الشأن. لذلك فإن سلطة الكنيسة في التحقيق في جدية الطلب ودوافعه لا تزول عنها بمجرد اقرار الانضمام بل تظل لها هذه السلطة بعد تمام الإجراءات والطقوس. فإذا تبين لها أن من انضم إليها قد انحرف بتغيير العقيدة عن جادة الحق، وتشبعت إرادة التغيير لديه بالغش والعدوانية نحو شريك حياته، فإن للكنيسة أن تسحب أو تلغى قرار الانضمام، وعملا بقاعدة أن الغش يفسد كافة التصرفات، وهى قاعدة أولى بالتطبيق فى نطاق تغيير العقيدة عن غيره من نطاقات القانون الأخرى. ومن كل ذلك نعتقد أن سلطة الكنيسة فى سحب قرار الانضمام أو الغائه هى سلطة لازمة وملازمة لسلطتها فى قبول الانضمام واقراره. وقد أقرت محكمة النقض سلطة الكنيسة فى الغاء الانضمام قولا بأن للرئيس الدينى ان يتحقق قبل قبول الانضمام من جديته وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة «كما أن له أن يبطل الانضمام بعد قبوله، ويعتبره كأن لم يكن، إذا تبين له عدم جديته»[1].

(١) نقض ١٩٧٢/٥/١٧ السابق الاشارة إليه.

١٤١- غير أن الغاء الانضمام قد يثير من ناحية نزاعاً حاداً بين صاحب الشأن والكنيسة بسبب انعكاسات هذا الإلغاء على مركزه القانوني. ومن ناحية أخرى قد يثير جدلا حول أحقية الجهة الدينية فى اتخاذ هذا الإجراء ومدى قيامه على أسباب مؤدية إليه خاصة وأن الإلغاء يعنى حرمان الشخص من ممارسة المكنات والحقوق التى يخولها له المذهب أو الطائفة الجديدة التى ألغى انضمامه إليها، والأمر الذى يعنى مساساً بحرية العقيدة، وهى حرية تمثل دعامة من دعامات النظام العام. فإذا ما انحرفت الكنيسة فى قيامها بالإلغاء، عن جادة الحق والصواب، وجاء قرارها غير قائم على سند حقيقى، أو قائماً على أسباب واضحة الوهن، فإن من حق صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء ليقول فى الأمر مقالته. ومن هنا كان ما قررته محكمة النقض من خضوع قرار الجهة الدينية بإلغاء الانضمام لرقابة القضاء: «وان لقاضى الموضوع الحق فى مراقبة الأسباب التى حدت بالجهة الدينية إلى الغاء قرار الانضمام، أياً كان الوصف الذى نطلقه عليه، للتحقق من أنه صدر فى نطاقه ولم يخرج عنه، واستهدف الحيلولة دون التحايل على القانون، وحتى لا يمثل الالغاء قيداً على مبدأ حرية العقيدة أو المساس به. لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه وقف عند حد تقرير سلطة الرئيس الدينى فى سلامة الغاء الانضمام وقيامه على أسباب مسوغة، فإنه يكون فضلا عن خطئه فى تطبيق القانون قد أغفل دفاعاً جوهرياً من الجائز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأى فى الدعوى»[1].

(١) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ طعن ١٥ س ٤٥ ق، و١٩٨٠/٤/٩ طعن ٦١ س ٤٩ ق.

١٤٢- وعلى هذا النحو فإن لقاضى الموضوع أن يبحث في الظروف والملابسات التى دفعت الجهة الدينية إلى الغاء قرار الانضمام، حتى يتبين له مدى التزام الجهة الدينية بحدود سلطتها، وأن قرارها بالإلغاء كان مبنياً على ما ثبت من سوء النية الذى شاب الانضمام منذ تقديم طلبه، لأن الأمر هنا يكون أمر تكييف يتعلق بتطبيق القانون على واقعة الدعوى[(١)]. غير أن هذه الرقابة القضائية لا تخرج قرار الكنيسة عن طبيعته الدينية، فالقرار مازال قراراً دينياً بحتاً تستقل الجهة الدينية بإصداره دون أن تقدم عنه حساباً أمام أية جهة قضائية أو أية سلطة دنيوية. بل انها لا تلتزم بأن تقدم أسباباً أو مسوغات لقرارها بالإلغاء ومعنى ذلك أن قاضى الموضوع لا يحل نفسه محل الجهة الدينية عندما يراقب قرار الالغاء، غاية ما فى الأمر أن رقابته - أى قاضى الموضوع - تنحصر فيما قد يستشفه، من ظروف الدعوى وملابساتها، بعد صدور قرار الألغاء، من أمور تعينه على الاعتداد بالقرار أو اطراحه جانبا[(٢)].

- ويترتب على ما سبق، من ناحية، أن مجرد خلو الغاء قرار الانضمام من أسباب ومبررات ليس بذاته سندا لعدم الاعتداد به من جانب القضاء، لأن الجهة الدينية، وعلى ما سبق ذكره، ليست ملزمة بتسبيب قرارها. ومن ناحية أخرى، فإن على القاضى - سواء كان القرار مسبباً أو غير مسبب - أن يبحث فى ملابسات الموضوع لكى

---

(١) نقض ١٩٨١/١/٢٧ طعن ٢١ س ٤٥ ق.

(٢) نقض ١٩٨١/١/٢٧، السابق، وراجع عبد الناصر العطار، السابق، ص ٤٢.

ينتهى إلى رأى فى مدى التزام الجهة الدينية لاختصاصها، ثم بالنتيجة لهذا البحث، أن يعتد بقرار الإلغاء أو لا يعتد به. وفى هذا المعنى قضت محكمة النقض بأن القاضى إذا «اقتصر على اهدار دلالة قرار ابطال الانضمام بمقولة خلوه من بيان سببه ومبرره مستنداً إلى مخالفة ذلك لحرية العقيدة، وتحجب بذلك من مراقبة ظروف ابطال القرار توصلا إلى التحقق من صدوره فى نطاق سلطة الرئاسة الدينية، وأن طالب الانضمام لم يكن يستهدف سوى التحايل على القانون، وهو ما يعيبه بما يستوجب نقضه»[1].

المقصد الثانى
الفصل من الطائفة أو الملة
عقب الانضمام إليها

١٤٣- قد يغير الشخص ملته أو طائفته، وينضم إلى الكنيسة الجديدة، ويمارس وفقاً لذلك حقوقه الناشئة عن هذا الانضمام، كما يلتزم بما تفرضه عليه من واجبات وأعباء. وقد يحدث أن يسحب أو يلغى قرار قبول انضمامه فيعود منتمياً إلى كنيسته القديمة، على النحو السالف ذكره وذكر مشاكله. غير أن الكنيسة الجديدة قد لا تسحب قرار الانضمام وذلك لعدم توافر أسباب تتعلق بالغش أو بعدم سلامة النية، وهنا يستقر الانضمام نهائياً ولا يتم سحبه. غير أنه قد تطرأ أسباب بعد الانضمام تدعو الكنيسة لفصل هذا الشخص الوافد إليها.

---

(١) نقض ١٩٨١/١/٢٧ السابق الاشارة إليه.

وهناك فارق واضح بين الغاء قرار الانضمام وبين قرار الفصل.

فالأول - الغاء الانضمام - يحدث عندما تتوافر أسباب معاصرة للقرار الانضمام، أو سابقة عليه وهى تتصل - كما سبق العرض - بالغش وسوء النية المصاحب للرغبة فى التغيير. أما الثانى - قرار الفصل - فيبنى على أسباب لاحقة تتمثل عادة فى عدم الانصياع لتعليمات الكنيسة الجديدة وعدم الوفاء بما تفرضه عليه الملة أو الطائفة التى انضم إليها[1]، كل ذلك مع التسليم - كما هو واضح - بسلامة انضمامه شكلا وموضوعاً وباعثاً. ويترتب على هذه التفرقة الأخيرة أن العبرة فى وصف القرار الصادر من الكنيسة بأنه بإلغاء الانضمام، أم أنه بالفصل، هي بحقيقة الواقع وملابساته وتحديد الأسباب الحقيقية للقرار. وتعتبر هذه المسألة مسألة تكييف تقوم بها المحكمة لكى تسبغ على ما حدث وصفه القانوني الصحيح. ولأنها مسألة تكييف فإنها تعد من مسائل القانون التى يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض[2].

١٤٤- وإذا تم تكييف القرر على نحوه الصحيح بأنه قرار فصل فإنه يترتب عليه أثران:

الأثر الأول:

انتفاء أى أثر رجعى للقرار، فقرار الفصل ينتج أثره من

---

(١) أحمد سلامة، السابق ص ٢٤١، رمضان أبو السعود، السابق ص ٣٨١.

(٢) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ طعن ١٥ س ٤٥ ق.

تاريخ نفاذه فحسب، وبالتالى فهو لا يرتد إلى الماضى، ولا يؤثر على الفترة السابقة، التى ظل فيها الشخص منتميا إلى الملة أو الطائفة الجديدة.

الأثر الثانى:

هو أن يصبح المفصول - على خلاف من ألغى انضمامه - غير منتم إلى ملة أو طائفة، حيث لا يمكن القول مع قرار الفصل بعودة المفصول إلى الكنيسة القديمة، وبالتالى فإن ذلك يعنى تخلف شرط الاتحاد فى الطائفة والملة، فتضحى العلاقة القانونية خاضعة للشريعة الإسلامية، بل ويتخلف الاتحاد أيضاً حتى لو فصل الزوج وزوجته معاً حيث يصبحا، بعد الفصل بلا ملة ولا طائفة[1].

---

(١) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ السابق الاشارة إليه. ونلاحظ أخيرا أن الشخص قد ينتقل من كنيسة إلى أخرى تابعة لذات المذهب وذات الطائفة وفى هذه الحالة لا يغير هذا الانتقال من أمر الملة شيئاً، بل يظل الشخص على ذات صفته من حيث الاتحاد أو الاختلاف طالما أن الانتقال كان بين كنيستين غير مختلفتين مذهباً أو طائفة. وهذا الفرض يتحقق فى حالة الانتقال المكانى. فقد ينتقل شخص من طائفة الأقباط الأرثوذكس من مدينة القاهرة إلى مدينة الاسكندرية وفى هذه المدينة ينضم إلى كنيسة الأقباط الارثوذكس ويسمى البعض هذا الانضمام «الانضمام بالتخلية» (أحمد سلامة، ص ٢٤٣ و٢٤٤). وفى هذه الحالة تستمر تبعيته لطائفة الأقباط الأرثوذكس قائمة منذ التحاقه بالكنيسة الأولى (القاهرة) ولا يعتبر انضمامه إلى كنيسة الاسكندرية انضماماً جديداً ومبتدأ. وقد قضت محكمة استئناف القاهرة فى هذه المسألة بأن «لا يدحض اعتناق الزوجة للمذهب الانجيلى وثباتها على هذا المذهب ما قدمه المستأنف من شهادة صادرة من كنيسة شبرا الانجيلية مفادها أن الزوجة قد انضمت إلى الكنيسة الانجيلية بشبرا بتاريخ ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٥».

الباب الثانى
الزواج فـــى شرائـــع
غير المسلمين

يعد الزواج موضوعاً عاماً مشتركاً بين الشرائع والقوانين وقد احتل الزواج مكاناً هاماً فى الشرائع السماوية لما له من أهمية بالغة فى الحياة الإنسانية، وباعتباره الأساس الصلب للأسرة ولكونه ضرورة اجتماعية وخلقية. ولذلك فقد حثت الشرائع السماوية الثلاث على الزواج وتناولت أحكامه بالتفصيل.

فالشريعة اليهودية قد أوردت الزواج وأحكامه وشرائعه بطريقة وافية وبأهمية لم تحظ بها موضوعات أخرى، وقد جاء بالتوراة(1): «وقال الرب الإله ليس جيداً أن يكون آدم وحده، فأصنع له معيناً نظيره.... فأوقع الرب الإله سباتاً على آدم فنام، فأخذ واحدة من أضلاعه وملأ مكانها لحماً. وبنى الرب الإله الضلع التى أخذها من آدم امرأة وأحضرها إلى آدم، فقال آدم هذه الآن عظم من عظامي ولحم من لحمي، وهذه تدعى امرأة لأنها من امرئ أخذت».

وتبدو أهمية الزواج فى الشريعة المسيحية فى أنها اختصت الزواج دون غيره من سائر علاقات الأفراد الأخرى بأحكام قاطعة وأسبغت عليه من التقديس والتكريم ما يرفعه إلى مقام الأسرار الكنسية العليا(2)(3).

---

(1) سفر التكوين، الاصحاح الثانى، الآيات ١٨، ٢٤، وهذا النص يبين بداية الخليقة عن طريق الزواج.

(2) يعتبر الأرثوذكس والكاثوليك الزواج من المقدسات وأنه من الأسرار الدينية، أما الانجيليون فلا يعتبرونه سراً.

(3) تختلف المسيحية عن اليهودية والإسلام فى أنها لا تجعل الزواج فرضا كما جعلت اليهودية والإسلام وإنما فضلت عليه التبتل.

ويمثل الزواج أيضـا مكانة هامة في القوانين الوضعيـة التي ترتب عليها آثاراً قانونية هامة وتجعله الوسيلة الوحيدة لتكوين الأسرة في نظر القانون والتي ترتب عليها....

أولاً: الزواج في الشريعة اليهودية

١ - نظرة للزواج:

جاء ذكر الزواج في الشريعة اليهودية في أول أسفارها وهو سفر التكوين الذي جاء فيه: «وقال الرب الإله، ليس جيداً أن يكون آدم وحده فأصنع له معيناً نظيره.....».

«وسمعا صوت الرب الإله ماشياً في الجنة عند هبوب ريح النهار فاختبأ آدم وامرأته من وجه الرب الآله في وسط شجر الجنة، فنادي الرب الإله آدم: أين أنت. فقال: سمعت صوتك في الجنة فخشيت لأني عريان فاختبأت، فقال من أعلمك أنك عريان؟ هل أكلت من الشجرة التي أوصيتك أن لا تأكل منها؟ فقال آدم: المرأة التي جعلتها معي هي أعطتني من الشجرة فأكلت، فقال الرب الإله للمرأة: ما هذا الذي فعلت؟ «تكثر أتعاب حبلك، بالوجع تلدين أولاداً وإلى رجل يكون اشتياقك، وهو يسود عليك» وعرف آدم امرأته فحبلت وولدت قابين وقالت: اقتنيت رجلا من عند الرب»[1].

---

(١) سفر التكوين: اصحاح ٢ فقرة ١٨، ٢١-٢٤، وأصحاح ٣ فقرة ٨-١٢، ١٦ وأصحاح ٤ فقرة.

وتمضى التوراة فى سفرها الأول إلى تأكيد المدلول الإنسانى للتعاون وجعل صورته الشرعية هى الزواج: وتظهر التوراة أهمية الزواج لمضاعفة النسل[١]، وتجعل الانجاب يمثل المقام الأول فى تقديرها للزواج.

وتأييداً لهذا المعنى نجد القانون الاسرائيلى يعتبر من يمتنع عن الزواج مرتكباً لسفك الدم، ولذلك أجاز اجبار الأعزب الذى تجاوز سن الواحد والعشرين على الزواج اجباراً عن طريق المحكمة.

وأيضاً نجد أحدث التقنينات الاسرائيلية تنص على أن «الزواج فرض على كل اسرائيلى، وتجعل قسم المرأة سبباً لطلاقاً».

تعريف الزواج وبيان خصائصه:

يتفق الربانيون والقراءون على أن الزواج هو ارتباط الرجل والمرأة طبقاً للقانون بقصد تكوين الأسرة.

ويعد الزواج فى الشريعة اليهودية نظام قانونى وشكلى يمكن فيه تعدد الزواج، ويمكن انحلاله بالطلاق.

---

(١) وفى بيان أهمية التناسل وجعله الهدف الأول للزواج ورد فى التوراة: «وصعد لوط من صوغر، وسكن فى الجبل وابنتاه معه، وقالت البكر للصغيرة: هل نسقى أبانا خمراً ونضطجع معه فنحمل من أبينا نسلا، فسقتا أباهما خمراً فى تلك اللية فحملت ابنتا لوط من أبيهما فولدت البكر ابنا، ودعت اسمه مراب، وهو أبو المرابين إلى اليوم، والصغيرة ولدت أيضا ابنا ودعت اسمه بن عمى وهو أبو بنى عموم إلى اليوم.

الأصول والأوضاع القانونية، جـ ٢ ص ٢١، محمد موسى.

١ - الزواج نظام قانوني:

من البديهي أن الزواج ليس عقداً كسائر العقود حيث أن موضوع الزواج تكوين أسرة ولا يمكن أن يكون إنشاء أسرة موضوعاً للتعاقد[١]، وإنما الزواج نظام قانوني يقتصر فيه دور إرادة الأفراد علي الاقدام عليه أو الإحجام عنه، فإن أقدم الأفراد على الدخول في الزواج سرت عليهم القواعد القانونية المنظمة لعلاقات الزواج، أما إذا أرادوا تجنب هذه الأحكام فعليهم تجنب الإقدام على الزواج.

٢ - الزواج نظام شكلي:

تتضح الشكلية في نص المادة ٥٦ من كتاب الأحكام الشرعية لحاى بن شمعون والتى تقضى بأن أركان العقد ثلاث:

الأول: تسمية المرأة على الرجل وتقديمها بقبولها ولو بخاتم يعطيه إليها يداً بيد بحضره شاهدين شرعيين قائلا لها بالعبرية تقدمت لى زوجة بهذا الخاتم أو بكذا إذا كان شيئا آخر.

الثاني: العقد شرعياً مكتوباً.

الثالث: الصلاة الدينية صلاة بركة بحضره عشرة رجال على الأقل.

وقد جاء في المادة ٥٧ «إن الزوجة بلا تقديم لا تعد زوجة شرط».

---

(١) أحمد سلامة، المرجع السابق ص ٤٢٠.

وتظهر الصفة الدينية عند الربانيين فى الأشكال التى يجب اتباعها لتمام الزواج من التقديس وصلاة البركة وأيضاً من نص المادة ١٦ من كتاب ابن شمعون والتى تجعل الزواج فرضاً على كل اسرائيلى.

وتظهر هذه الصفة عند القرائين فيما ورد فى شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين من أن الزواج لا ينعقد إلا بالتبريك والعلانية لعشرة رجال على الأقل والاحتفال، ولزوم قيام الرجل بإجراءات معينة وهى أن «يتقدم العروس وعلى رأسه المعطف على نشيد ما يناسب المزامير بين يدى أحد العلماء ينقده بعض المهر فيعطيه إلى العروس أو وكيلها ويحلف العروس يمين العهد كما حلفها أول مرة وقت عقد القران. ثم يواجهونه بها فيعطيها أيضاً بعض المهر مخاطباً إياها بقوله: وعقدت عليك إلى ما شاء الله».

٣ - الزواج ينحل بالطلاق:

تجيز الشريعة اليهودية إنهاء الزواج بالطلاق، ولا تتعارض أجازة الطلاق مع الطبيعة التأبيدية للزواج فى الشريعة اليهودية.

فعند الربانيين ينحل الزواج بإرادة الرجل دون توقف على قبول المرأة للطلاق ولكنهم يشترطوا لصحة الطلاق شرعاً أن يكون أمام السلطة الشرعية بوثيقة بحضور شاهدين. ولكن لا يجوز أن تقوم السلطة الشرعية مقام الرجل فى ايقاع الطلاق ويجيز الربانيون للزوجة طلب الطلاق.

ويتفق القراءون مع الربانيين فى أن الطلاق بيد الرجل ولكنهم

يشترطوا لذلك وجود مسوغ.

وتسوى شريعة القرائين بين الرجل والمرأة فيما تشترطه للطلاق من حيث وجود مسوغ له، وقد جاء بشعار الخضر أنه «أعطى المسوغ للرجل حق الطلاق فهو يعطيه أيضاً للمرأة فتطلب طلاقها منه شرعاً كما يطلب».

وتجيز هذه الشريعة الاتفاق على الطلاق بين الرجل والمرأة ولو تخلف المسوغ.

ويشترط القراءون وجود وثيقة للطلاق تحرر على يد المشرع ويجب تسليمها للمرأة، وهو يعد أمراً جوهرياً لوقوع الطلاق بحيث يمتنع وقوع الطلاق نتيجة تعذر تسليم الوثيقة للمرأة.

٤ - جواز تعدد الزوجات في شريعة اليهود:

تبيح الشريعة اليهودية للرجل أن يعدد زوجاته، فالزواج علاقة فردية بالنسبة للمرأة وليس كذلك بالنسبة للرجل.

وقد جاءت نصوص التوراة بما يدل بوضوح على جواز تعدد الزوجات وأن جميع أنبياء اليهود قد مارسوا هذا التعدد.

وأمثلة ذلك كثيرة: فقد تزوج ابراهيم عليه السلام بزوجتين في وقت واحد معاً. وقد ذكرت التوراة عن ابراهيم في السفر الأول وفي الأصحاح السادس عشر منه: وأما ساراى[1] امرأة ابرام[2] فلم تلد له.

(١) وهي سارة، كما سمتها التوراة فيما بعد.

(٢) هو ابراهيم كما سمته التوراة فيما بعد.

وكانت لها جارية اسمها هاجر، فأخذت ساراى امرأة ابراهيم، هاجر المصرية جاريتها، وأعطتها لابرام رجلها زوجة له، فدخل على هاجر فحبلت وقال لها ملاك الرب: ها أنت حبلي فتلدين ابنا وتدعين اسمه اسماعيل لأن الرب قد سمع لمذلتك. فولدت هاجر لابرام ابنا ودعا ابرام اسم ابنه الذى ولدته هاجر: اسماعيل».

وأيضاً جاء بالتوراة أن عيسو بن اسحاق قد عدد زوجاته فقد جاء بها: «فذهب عيسو إلى اسماعيل وأخذ (محله) بنت اسماعيل بن ابراهيم أخت بنايوت زوجة له على نسائه»(١).

وقد جاء بالتوراة أن يعقوب قد تزوج الأختين معاً فقد جاء بها: «ثم قام فى تلك الليلة وأخذ امرأته وجاريتيه وأولاده الأحد عشر.....»(٢).

وأخيراً جاء بالتوراة ما يؤيد أن موسى عليه السلام قد دعا إلى تعدد الزوجات فقد جاء فى سفر التثنية اصحاح ٢٥: «إذا سكن أخوه معاً، ومات واحد منهم وليس له ابن. فلا تصير امرأة الميت إلى خارج لرجل أجنبى، أخو زوجها يدخل عليها ويتخذها لنفسه زوجة ويقوم لها بواجب أخى الزوج ....».

= راجع أحمد غنيم، موانع الزواج فى التشريع الإسلامى المقارن، المرجع السابق ص ٣١.

(١) التوراة، سفر التكوين، اصحاح ٢٨ فقرة ٢.

(٢) اصحاح ٢٩ فقرة ١٧ - ٣١، واصحاح [illegible] فقرة [illegible]

وقد ذكرت التوراة بعد ذلك إن زوجات داود الشرعيات فقط ثمان زوجات ...... عدا الجواري......».

وقد كان لداود ابن سليمان مئة - كما جاء في التوراة - «وقد أخذ الملك سليمان نساء غريبة كثيرة مع بنت فرعون، موابيات، وعمونيات، وأدوميات، وصدونيات، وحثيات..... وكان له سبع مئة من النساء لسيدات وثلاث مئة من السراري، فأمالت نساؤه قلبه»[1].

(١) التوراة، سفر الملوك الأول، اصحاح ١١ فقرة ١ - ٣.

ثانيا
الزواج عند المسيحيين

أهمية عقد الزواج وخصائصه عند المسيحيين:

لا شك أن أهمية الأسرة من أهمية الحياة ذاتها. فالحياة الهادئة المنتجة لابد أن تتخذ مسارها في اطار أسرة مستقرة ترفرف عليها ظلال السلام والنجاح. وكما يقول البعض يولد الإنسان في أسرة، ولابد أن يكون لنفسه أسرة جديدة. وهكذا تسير سنة الحياة. [illegible] كان من الطبيعى أن تصطبغ الحياة الاجتماعية للمجتمع بما يحكم الأسرة من مشاكل وما ينظمها من قوانين وأخلاقيات.

ولما كانت الأسرة تبدأ بالزواج فإن عقد الزواج يمثل أهمية عظمى في هذا النطاق، فهو الرابطة القانونية التى تبدأ بها الحياة والأسرة، وهو الاطار القانونى الذى ينظم علاقات أفرادها. ولذلك لم يكن غريباً أن يضحى عقد الزواج ظاهرة قانونية واجتماعية مطردة عبر الزمان والتاريخ وكذلك عبر المجتمعات على اختلاف عقائدها وتقاليدها وتراثها. وهذه الحقيقة لا تمنع، رغم ثباتها، أن تكون أنظمة الزواج مختلفة ومتعددة من زمن إلى زمن، ومن مجتمع إلى آخر. ولكن بعض الحقائق تبدو ثابتة ومطردة رغم ذلك، وهى أن الزواج نظام قائم على مفهوم الاستقرار والدوام باعتبارهما مثلا أعلى تسعى إليه كل النظم والمجتمعات بصفة عامة. ولم تشذ المسيحية بمذاهبها وطوائفها المختلفة عن تلك المفاهيم وإن كانت قد أضافت إليها الطابع الدينى.

الزواج فى القانون الكنسى وعند المسيحيين الشرقيين:

يقوم الزواج فى فقه القانون الكنسى على [illegible] الرضا بين

الزوجين. فهذا الرضا هو الذى ينشئ الزواج بصفة نهائية دون حاجة إلى الدخول الحقيقى. وقد ظل هذا المفهوم يحكم الزواج المسيحى طوال الفترة التى سميت بالعصر الذهبى للقانون الكنسى، والتى تبدأ بالقرن العاشر وتنتهى بالقرن السادس عشر فى أوروبا، حيث كانت الكنيسة الكاثوليكية تمسك بزمام الأمور المتعلقة بالزواج تشريعياً وقضائياً بدون منازع. غير أن الأمر بدأ يتغير بدءاً من القرن السادس عشر حيث بدأت المملكة الفرنسية فى اخضاع الزواج للقضاء المدنى، وبدأت تتدخل تشريعيا فى تنظيمه، مما أوجد اختلافات بين نتائج هذه التدخلات والمبادئ المستقرة فى القانون الكنسى، فصلا للزواج من نطاقه الدينى إلى نطاق مدنى. ومن مظاهر ذلك تطلب شهر الزواج بدءاً من القرن السادس عشر. ومع هذه الوجازة نعود إلى الزواج عند المسيحيين الشرقيين حيث أن الزواج عند مذاهبهم جميعاً دينى بالدرجة الأولى. فالأرثوذكس والكاثوليك والبروتستانت على اتفاق أن الزواج ليس مجرد اتفاق كغيره، بل انه اتفاق يتسم بصفة مقدسة، هى التى تضفي عليه آثره بين الزوجين. فالمسيح عليه السلام هو الذى قدس الزواج، وهذا التقديس هو الذى يؤدى بهذا النظام إلى تجاوز أهدافه العادية الطبيعية، فيجعل منه اتحاداً كلياً مؤبداً، وهو اتحاد يرمز إلى ارتباط السيد المسيح بكنيسته.

وقد تأكد هذا المعنى أكثر ما تأكد لدى الكنيسة الكاثوليكية إلى حد الخلط بين العقد والطابع المقدس، حتى مجمع الفاتكيان الثانى، حيث بدأ البعض ينادى بالفصل بين العقد والتقديس.

وتتفق الطوائف المسيحية الشرقية على الطابع الدينى للزواج المسيحى، فالرب هو الذى سن الزواج، ولذلك فلابد لكى تترتب على الزواج آثاره من أن يتم بصلاة يقوم بها كاهن. ويعتبر الكاثوليك والأرثوذكس أن الزواج هو أحد الأسرار السبعة التى أنشأها السيد المسيح، وأن سر الزواج يؤكد وحدة الزواج غير القابل للانفصال وتقديسه بين الزوجين. ويتفق الجميع - بروتستانت وكاثوليك وأرثوذكس - على أنه لابد لانعقاد الزواج من التراضى بين المقدمين عليه على ابرامه. غير أن ذلك لا يعنى امكان فسخه بالتراضى، لأن الزواج علاقة مؤبدة - كما سبقت الاشارة - وبالتالى لا تعرف طوائف المسيحيين جميعاً أى طلاق بالاتفاق.

خصائص الزواج المسيحى:

يتميز الزواج المسيحي بالاضافة إلى ضرورة التراضى من حيث المبدأ - بعدة خصائص أهمها:

(١) وحدة الزواج:

ويقصد بهذا الوصف أن يقترن رجل واحد بزوجة واحدة. والمبدأ فى شقه الأول مستقر فى تاريخ العالم بأسره منذ زمن سحيق. أما بالنسبة للشق الثانى وهو وحدة الزوجة، أى عدم تعدد الزوجات، فقد أكدت عليه المذاهب المسيحية واعتبر من معالمها حتى وصفت المسيحية بأنها شريعة الزوجة والواحدة. وقد ظل هذا المبدأ مستقراً حتى انعقاد مجمع

الفاتيكان الثانى[1].

وفى هذا المجمع الأخير ذهب بعض رجال الدين الكاثوليك إلى أن وحدة الزوجة ليس فقهاً مسيحياً، وإنما هو نتاج ما سمى بالاستعمار الثقافى الغربى، وأنه يتعين على الكنيسة أن تسمح بتعدد الزوجات، خاصة فى المناطق الاسيوية والافريقية التى تمارس هذه العادة وتعتبرها حقيقة أسرية حية وقديمة. غير أن هذه الأصوات لم تجد لها صدى فعلياً، وذلك على أساس أن الرب قد حرّم التعدد حيث رسم هذه الوحدة فى زواج الأبوين حيث عقد الزواج بين رجل واحد هو سيدنا آدم وامرأة واحدة هى أمنا حواء. كما أن الكتاب المقدس استخدم كلمة امرأة ولم يستخدم كلمة نساء حيث جاء فيه «ليكن لكل واحد امرأته ولكل واحدة رجلها»، وأن كل من طلق امرأته وتزوج أخرى فقد زنى» «وأن المرأة مقيدة بالناموس مادام رجلها حياً فإن رقد رجلها فهى معتقة» «وأن من يعدد زوجاته فليمنع من أخذ القربان ومن الدخول إلى الكنيسة وليخرج من الجماعة حتى يفارق الثانية ويلزم الأولى (قرار مجمع نيقيه)، وأن السيد المسيح قد علم جلياً أنه بهذا الوثاق يرتبط اثنان لاغير، فليس هما بعد اثنين، ولكنهما جسد واحد (مجمع التريدنتينى) وجاء فى المجمع الصفوى لابن العسال «أن الجمع بين زوجتين أو أكثر لا يجوز».

---

(١) كان أول منع صريح للتعدد صادر عن مجمع نيقية، كما أشرنا فى موضوع سابق.

(٢) عدم قابلية الزواج للانفصام:

وهو مبدأ يتفق عليه جميع المسيحيين، فالزواج حيث ينعقد مستجمعاً مقومات وجوده وشرائط صحته فإنه يصبح علاقة أبدية لا انفصام لها. وقد كانت الكنيسة الكاثوليكية هي أول من أكد على هذا المبدأ ودافع عنه على نحو كامل. فهذه الكنيسة لا تجيز الطلاق من حيث المبدأ إلا لعلة الزنا. وقد أخذ هذا المبدأ كل قوته في القرن الحادي عشر، إلا أن بعض فقهاء المذهب الكاثوليكي قد جادل فيه، منذ مجمع الفاتيكان الثاني، وأسفوا لاقرار مبدأ عدم القابلية للانفصام، وطالبوا بالغائه أو تعديله أو التخفيف من حدته على الأقل، ورغم فشل هذه المحاولات الأخيرة، على المستوى الديني، فإن المذهب الكاثوليكي يسمح ببعض حالات الانفصام تحت مسمى البطلان (العجز الجنسي مثلا)، أما في المذهب الأرثوذكسي والمذهب البرتستانتي فالطلاق مسموح به على سبيل الاستثناء وفي حالات محددة على سبيل الحصر.

ويعود المبدأ (عدم الانفصام) إلى ما نسب إلى السيد المسيح عليه السلام «قد قيل من طلق امرأته فليدفع لها كتاب طلاق، أما أنا فأقول لكم من طلق امرأته إلا لعلة الزنا فقد جعلها تزني ومن تزوج مطلقة فإنه يزني بها» وأن «الذي خلق الإنسان في البدء ذكر وأنثى لذلك يترك الرجل أباه وأمه ويلزم امرأته فيصيران جسداً واحداً، فليسا بعد اثنين ولكنهما جسد واحد، وما جمعه الله لا يفرقه الإنسان».

(٣) المراسم والشكل في عقد الزواج:

يتم عقد الزواج عند المسيحيين بالتراضي بين الزوجين. غير أن هذا التراضي وإن كان لازما إلا أنه ليس كافيا، إذ يتعين أن يبرم العقد على يد كاهن، وبحضور شاهدين وفي اطار المراسم والطقوس الدينية، وبغير ذلك لا يقوم الزواج دينياً ولا تحل المعاشرة بين الزوجين.

وقد جاء في الإرادة الرسولية للكاثوليك (م ٨٥) أنه لا يصح زواج إلا إذا عقد برتبة دينى أمام الخورى أو الرئيس الدينى المحلى أو كان أذن له أحدهما بحضور الزواج وذلك حسبما تقضى به المواد التالية.

أما عند الانجيليين فإنه «لا يعقد اكليل الزواج إلا القسيس المرسوم قانوناً أو مرشد الكنيسة الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس العمومى الرخصة لذلك». ويقول ابن العسال بالنسبة للأرثوذكس أنه «لا يكلل أحد سراً بل بمحضر كثيرين، وعقد الزواج لا يتم ولا يكون إلا بحضرة كاهن وصلاته عليهما وتقريبه لهما القربان المقدس والاكليل الذى به يتحدان ويصيران جسداً واحداً، فالصلاة هى التى تحلل النساء للرجال والرجال للنساء».

ويتمام هذه الطقوس والإجراءات، فضلا عن تعبيرها عن السر المقدس، عند الأرثوذكس والكاثوليك - فإنه تجب علانية الزواج وشهره على الناس، على نحو يميز بين الزواج كما تقصده وتعرف به الكنيسة، من الناحية الدينية، عن غيره من صور الاتحاد الحر، غير المعترف به دينياً.

غير أن بعض المذاهب تجيز، على سبيل الاستثناء، ابرام الزواج سراً. فقد تحول ظروف دون استدعاء رجل الدين أو يتعذر العثور عليه، ففى هذه الحالة يجيز الكاثوليك (م ٩٩ من الإرادة الرسولية) عقد الزواج - بشرط حضور الشهود - حتى ولو لم يحضر رجل الدين، إذا توافر خطر الموت، أو كان من غير المأمول مقابلة رجل الدين قبل مدة شهر، وبعد ابرام الزواج على هذا النحو يجب على الزوجين والشهود تدوين العقد فى السجلات.

كما يجيز الكاثوليك أيضا ابرام الزواج سراً وعلى سبيل الاستثناء وبإذن من الرئيس الدينى إذا قام سبب خطير وعاجل يحتم تصحيح مركز أشخاص يعتقد أنهم متزوجون خلافاً للحقيقة (م ٩٣ من الإرادة الرسولية) وفى هذه الحالة تقتضى السرية عدم تدوين العقد فى دفتر الكنيسة المخصص لعقود الزواج وتدوينه فى سجل خاص سرى مخصص لهذه الحالات.

أما عن الكنيسة المختصة بإبرام الزواج فهى كنيسة الطرفين، إذا كانا متحدين مذهباً وطائفة، ولا مشكلة فى هذا الفرض. غير أن المشكلة قد تثور عند زواج من ينتمون إلى مذاهب أو طوائف مختلفة، حيث يكون السؤال عن تحديد الاختصاص لكنيسة أحد الطرفين أو الآخر.

وقد ذهبت بعض الطوائف (الكاثوليك) إلي أنه إذا كان الطرفان من طقس الكاهن كان الزواج صحيحا، حتي ولو لم يكونا من مرؤسيه، فإذا لم يكن، كان جائزاً للرئيس الدينى لطائفتهم أن يعين لهما كاهناً من

طائفة أخرى بالاتفاق مع الرئيس الدينى للكاهن المعين. فإذا كان الزواج خارج مكان الاختصاص الدينى المكانى لكنيستهم وجب اعتبار الرئيس المحلى رئيساً كنسياً لهم، فإن تعددوا انعقد الاختصاص للكرسى الرسولى ليعين الكاهن الذى يبرم العقد.

وتتسامح الفئات الأخرى فى هذه المسألة، فرغم أن المبدأ هو تمام الزواج وفقاً لطقوس وعلى يد الكاهن المختص الذى تبعه الطرفان، إلا أن تمام الزواج فى أى كنيسة مسيحية يجيزه طالما قد استوفى الشكل الدينى للزواج ومادام الله قد بارك رباطهما على يد كاهن مسيحى له صلاحية اتمام القران.

ويثور التساؤل فى هذا الخصوص عن حالة تمام الزواج فى خارج الديار المصرية، وفى هذا الخصوص نصت المادة ٣٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أن «كل قبطى أرثوذكسى تزوج خارج القطر المصرى طبقاً لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج يجب عليه خلال ستة شهور من تاريخ عودته إلى القطر المصرى أن يتقدم إلى الرئيس الدينى المختص لاتمام الإجراءات اللازمة طبقاً لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية».

وهذا النص يبين الجزاء المترتب على عدم احترام ما جاء فيه، ونعتقد أن الجزاء يتمثل فى عدم اكتمال الزواج من وجهة نظر الكنيسة واعتباره زواجاً مدنياً وليس زواجاً دينياً.

توثيق عقد الزواج وسماع دعوى الزوجية:

كما سبق أن أشرنا، ألغيت المجالس الملية بصدور القانون رقم ٦٢١ لسنة ١٩٥٥، وزال معها اختصاص هذه المجالس بتوثيق عقود زواج أتباعها. وقد نص هذا القانون على أن تتولي مكاتب التوثيق بالشهر العقارى توثيق الزواج إذا كان الزوجان مختلفين مذهبا أو طائفة. أما إذا اتحدا فإن توفيق العقد يتولاه موثق منتدب بقرار من وزير العدل. وقد حرص وزير العدل على ندب موثقين من رجال الدين الذين ترشحهم الجهة الدينية صاحبة الشأن. وبذلك تم التوفيق بين الاعتبار الذى حرص عليه المشرع وهو الحرص على عقود الزواج وحمايتها من العبث بإشراف الدولة عليها واعتبار الجانب الدينى ممثلا فى الموثق المنتدب ممن ترشحهم الجهة الدينية.

ولكن هل يترتب على عدم توثيق العقد، على النحو السابق، عدم جواز سماع الدعوى بين الزوجين؟ ويعود سبب هذا التساؤل إلي ما نصت عليه المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا تسمع عند الانكار دعوى الزوجية أو الاقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية بالنسبة للزواج المدعى به من أول أغسطس ١٩٣١. فقد رأى البعض أن هذا النص يطبق على جميع المصريين على اختلاف دياناتهم حيث نصت المادة ٥ من قانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن «تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين

الأخرى المكملة لهـا » وأن المادة ١٣ من نفس القـانون قـد ألغت بعض نصوص اللائحة المذكورة ولم تلغ المادة ١٩ السالفة الذكر.

ونظراً لأن كل ذلك يتعلق بقواعد إجرائية - وليس موضوعية - فإنه يطبق على كافة المصريين.

غير أن رأياً آخر يذهب إلى أن القواعد المشار إليها هى قواعد موضوعية تتعلق بأدلة الاثبات (وليس بإجراءات الاثبات)، وبالتالى فهى لا تطبق على المصريين غير المسلمين المتحدين مذهباً وطائفة عملا بالمادة ٦ من قانون ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥. ومعنى ذلك أنه بالنسبة لهؤلاء فإن دعوى الزوجية تسمع بينهم حتي ولو لم تكن عقود الزواج موثقة، فالدعوى تسمع بعقد ديني غير موثق مادام موقعاً عليه من الزوجين ولا سبيل أمام من ينكر سوى انكار التوقيع أو الطعن عليه بالتزوير. بل ويجوز أن يقوم الدليل علي العلاقة الزوجية من خلال تحقيق تجريه المحكمة، وتسمع فيه شهود الطرفين، إذا كان العقد قد فقد أو تلف. وفى هذا المعنى الأخير نصت المادة ٤١ من قواعد الأقباط الأرثوذكس على أنه «لا يثبت الزواج وما يترتب عليه من حقوق إلا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج (المقصود بالرسمية هنا الاعتماد من الجهة الدينية) وفى حالة ثبوت ضياع أصل العقد أو اتلافه يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة».

أما بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفين مذهباً أو طائفة فإنهم يخضعون لحكم المادة ٩٩ سالفة الذكر ابتداء من تاريخ العمل بالقانون ٦٣٩ لسنة ١٩٥٥.

الفصل الأول
انشـــــاء الزواج

المبحث الأول
الخطبـــــــة

الخطبة هى مقدمة الزواج، فهى التقاء إرداتى المقدمين على الزواج على التواعد بالزواج. وهذا التواعد يتضمن فترة تمهيد بين الرجل والمرأة بقصد التعارف علي نحو يستطيع كل منهما أن يلم بأخلاقيات الآخر وعاداته وظروفه، لكى يحسم، فى نهاية المطاف، أمره إما على المضى والإقدام علي الزواج، وإما على الاحجام عنه وعدم اتمامه. كما ترتبط الخطبة أيضاً بتقصى الظروف الاجتماعية والمالية لكل منهما والتفاوض حول المطالب المتبادلة.

وواضح من التحديدات السابقة أهمية الخطبة فى التمهيد لقيام الزواج على أسس واضحة وسليمة وقوية. فهى ليست وسيلة للتعارف والألفة فحسب - بل هى أيضاً للتبصر والاستنارة عن كل ما يحيط بالزواج المستقبل وملابساته.

وتستمد الخطبة فى الزواج أهميتها الخاصة من أهمية الزواج نفسه. فالزواج فى جميع الشرائع الدينية[1]، نظام الأصل فيه الاستمرار

---

(١) أولت الشريعة الإسلامية أيضاً الخطبة اهتماماً لا مثيل له فى مقدمات العقود الأخرى.

والدوام. وهو فى الشريعة المسيحية يتسم، على نحو خاص، بالتأبيد، وعدم القابلية للانفصام من حيث المبدأ، لذلك كان للخطبة فى هذه الشريعة الأخيرة، خطرها وجليل شأنها، سواء من الناحية النفسية والمستقبلة للزوجين، سواء من الناحية الشرعية والقانونية. وقد ترتب على هذه الأهمية أن أولت الشرائع المسيحية الخطبة بتنظيمات ونصوص قانونية تفصيلية، كما أولتها اهتماما بالغا، وصل إلى حد أن تقلب أمرها، عبر التطور التاريخى، وعند بعض الشرائع، بين وعد متبادل بالزواج ومقدمة لازمة له، وعقد ملزم بإتمام الزواج عند البعض الآخر، أى أنها عند هذا الفريق الأخير ليست وسيلة تعارف تنتهى إما بالاقبال أو بالادبار، بل هى «املاك» «وتكليل» وارتباط روحى لا يتميز عن ذلك الخاص بالزواج ذاته. وفى هذا التصور الأخير، عند بعد المسيحيين، تبدو المفارقة بين حكمة الخطبة، ودوافع نشأتها، وما ألت إليه من وظيفة مختلفة.

وبين هذين المفهومين السابقين تراوحت أحكام الخطبة، بين مفهوم أصلى باعتبارها مرحلة متوسطة بين التفكير فى الزواج واتمامه، ومفهوم آلت إليه عند البعض، الذى اعتبرها عهداً بالزواج، ملزماً بإتمام الزواج والاكليل، فى وقت لاحق محدد.

وإذا عدنا إلى القانون الرومانى، وجدنا أن الخطبة كانت اتفاقاً مستقلا عن عقد الزواج ولا يختلط به. ومع ذلك فإن هناك احتمالا بأن الخطبة كانت تمثل، فى القانون الرومانى القديم، الجانب الرضائى فى عقد الزواج، أى تمثل اتفاقاً بين رجل وامرأة على أن يتخذ كل منهما من الآخر

زوجا له، ثم تأتى بعد ذلك مرحلة التنفيذ الفعلى لهذا التعهد، بإبرام عقد الزواج وتنفيذه بالفعل، وبالتالى، كان الزواج يمر بمرحلتين، مرحلة التعهد، ومرحلة التنفيذ والتى تقتضى الدخول.

وفي القانون الكنسى ظهرت تفرقة بين نوعين من التعهدات فى شأن عقد الزواج. يمثل التعهد الأول الالتزام بأن يتخذ كل منهما من الآخر زوجا له. وهو ما يعبر عنه بالتعهد الحال actuel. وقد اعتبر هذا التعهد زواجا، ولكن ينقصه التنفيذ بالدخول. أما التعهد الثانى فهو تعهد مستقبلى future، يتضمن وعداً من كل منهما بأن يتخذ من الاخر في المستقبل زوجاً له. وهذا التعهد الثانى كان ينشئ خطبة ولا ينشئ زواجاً بالمعنى الصحيح. وقد تحددت على هذا النحو التفرقة بين الخطبة والزواج، وظهرت بوضوح خلال القرن الثانى عشر[1]. غير أن هذه الخطبة اعتبرت، في القانون الكنسى، عقدا يلتزم بمقتضاه كل من الطرفين بأن يتم الزواج، أى أنها تنشئ التزاماً بالمعنى القانونى الكامل. وهو التزام يمكن أن ترفع به دعوى قضائية. فضلا عن أن قيام الخطبة يستوجب قيام الموانع التى تنشأ عن حالة الزواج، إذا ما أراد أحد الخطيبين الزواج من أحد أقارب الخطيب الآخر.

وعلى العكس من ذلك في حالة التعهد الحال بالزواج، حيث نظر

---

(١) راجع اسمان، الزواج فى القانون الكنسى، الطبعة الأولى، ص ١٢١ و١٢٣، وكاربونييه، فى مقال بعنوان الأرض والسماء فى قانون الزواج، مجموعة دراسات ريبير، الجزء الأول ص ٣٢٩ ومابعدها.

إليه على أنه زواج كامل لا ينقصه سوى الدخول. وبالتالى فإن أى زواج بالغير من جانب أحد أطراف التعهد يعد باطلا، حتى ولو حدث به دخول قبل تنفيذ التعهد الأول. وإلى هذا الوقت كان جائزاً، عند البعض، ابرام الزواج بالتراضى.

وفى مطلع القرن السادس عشر، اجتمع مجتمع ترنت Trente وقرر بطلان كل زواج لا يتم وفقا للشكل الرسمى الدينى، أى أمام الكاهن المختص. وقد يترتب على هذا المبدأ الجديد اختفاء التعهد الحال بوصفه تعاقدا حقيقيا على الزواج، يكتمل بالدخول، ومع ذلك بقى هذا التعهد عرفاً باعتباره خطبة لها فائدة الإعلان عن الشروع فى الزواج بين المقدمين عليه، على نحو يمكن الجمهور من ابداء أى اعتراض يكون لدى أى شخص.

- وبالنسبة لجزاء فسخ الخطوبة، كانت الكنيسة الكاثوليكية فى أوروبا تراقب قديماً، الالتزام بالخطبة عن طريق الرقابة الاكليريكية، ولكن بعض الدول، منعت ذلك. ففى فرنسا، على سبيل المثال، صدر مرسومان سنة ١٦٣٧ و١٦٣٨ منعاً هذا الأسلوب الكنسى فى الرقابة. ومع ذلك اعتبرت البرلمانات أن الخطبة هى تعهد عادى، يستوجب الاخلال به الحكم بالتعويض على من حنث بوعده(١).

أما فى القانون الفرنسى الحالى، فقد اختفى مظهر الالزام فى شأن الخطبة.

---

(١) راجع: ريبير وبولانجيه، القانون المدنى ١٩٥٦، الجزء الأول، رقم ١٢٢٠.

فالمقدمان على الزواج، إنما يقدما عليه بمطلق حريتهما واختيارهما، دون شبهة ضغط أو خوف من المساءلة القانونية فى حالة العدول عن الخطبة. فالتعهد بإبرام الزواج لا يصلح التزاماً قانونياً، بالمعنى المعروف فى القانون المدنى. فحرية الزواج تخرج بطبيعتها عن هذا المفهوم[١]. وغاية ما يمكن أن ينشأ عن الخطبة هو مجرد تعهد أدبى وأخلاقى[٢].

أما عند الكنائس الشرقية، فقد تأثرت هذه الكنائس بما كانت عليه الخطبة فى القانون الرومانى القديم، بمعنى أنها تمثل المرحلة الرضائية فى عقد الزواج، وترتب جميع آثاره فيما عدا المخالطة الجسدية، فهي تقيم مانع الزواج بين كل من الطرفين وأقارب الطرف الآخر. وتعتبر فى حكم الزوجية القائمة، بل يذكر بعض الفقه أنها كانت تجيز توريث الأبناء الناتجين عن المخالطة الجسدية بين طرفيها[٣]. وعلى هذا النحو اختلطت الخطبة بالزواج وأصبحت إحدى مراحله، وليس مجرد مقدمة اختيارية له، ولا يقدم عليها بالتالى إلا من عقد العزم على الزواج بصفة نهائية. وإذ آل الأمر إلى هذا المعنى، جرت بعض الطوائف على

---

(١) قارن: جوسران، مقال في دالوز ١٩٢٧-٢-ص ٢١ حول: المشكلة القانونية لفسخ الخطبة، وقد حاول هذا الأستاذ الكبير أن يعتبر الخطبة عقداً بالمعنى الصحيح، مستعيناً بالقياس على المادة ١٧٨٠ مدنى فرنسى الخاصة بعقد العمل غير محدد المدة التى يجوز لأى من طرفيه انهاءه بإرادته المنفردة، ويسأل عن ذلك فى حالة التعسف.

(٢) ريبير وبولانجيه، السابق، رقم ١٢٢١.

(٣) راجع شفيق شحاته، مصادر الفقه المسيحى فى الشرق، المقدمة، ص ٦٢. توفيق فرج، السابق ص ٣٩٠.

أن تكون الخطبة والتكليل فى يوم واحد، إذ لم يعد لازماً الفصل بين مرحلتين لا تستقل إحداهما عن الأخرى. وفى ضوء ذلك يفهم موقف الكنيسة القبطية مما يسمى الأملاك، وهو تعبير عن الخطبة الملزمة، والتى يتعهد فيها كل من الطرفين بالزواج من الآخر بحضور كاهنين أو كاهن وشماس، وفق مراسيم دينية شكلية محددة، بعد التحقق من توافر الرضا وانتفاء موانع الزواج. وكانت إجراءات الأملاك تتضمن تحديد موعد لإجراء التكليل الذى تحل به المعاشرة الجسدية، فإن لم تحدد المدة تعين إجراء الاكليل خلال سنتين على الأكثر، ان كان الطرفان حاضرين، وإلا فثلاث سنوات إن كانا غائبين[١]. وقد ظل الأمر كذلك عند الأقباط حتى جاء البطريرك كيرلس الرابع ومنع طقوس الأملاك استقلالا عن طقوس الاكليل. وقد آل الأمر إلي هذا الوضع عند بقية الطوائف. غير أن انتهاء أمر الأملاك إلى نحو ما سبق، قد أدي إلى ظهور الخطبة بمعناها المدني المجرد عن الاعتبار الدينى، أى باعتبارها تعارفا وتواعدا على الزواج، بقصد توثيق الصلة، خلال فترة تسبق الزواج بوقت كاف يحدده الطرفان. والخطبة على هذا النحو الأخير لا تدخل فى النطاق الدينى إنما تقف عند حدود العرف وما تقتضيه القواعد القانونية العامة، وهى بهذا المعنى تستقل عن الخطبة الدينية[٢].

---

(١) أحمد سلامة، السابق، رقم ١١٩.
(٢) توفيق فرج، السابق، ص ٢٩٦.

التعويض عن العدول عن الخطبة:

أشرنا فيما سبق إلى أن الخطبة ليست ملزمة بالسير فى اتمام إجراءات الزواج، وبالتالى فمن حق أى من الطرفين أن يعدل عنه، ومع ذلك فالتعويض عن العدول عن الخطبة يعد أمراً وارداً، ولكن وفقاً لتصور آخر غير مجرد العدول. ففى فرنسا قضى ن الخطبة باعتبارها وعدا متبادلا بالزواج لا ينشئ أثراً قانونياً ملزماً. وبالتالى فمجرد العدول لا تتحقق به مسئولية قانونية. ولكن المسئولية قد تتحقق، رغم ذلك، وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية بصفة عامة (م ١٣٨٢ مدنى فرنسى) والتى تستوجب التعويض عن كل ضرر نشأ عن خطأ محدد منسوب للمدعى عليه. وتطبيقا لذلك فإن من يعدل عن الخطبة، دون سبب جاد، فى اللحظات الأخيرة لابرام الزواج، وفى وقت يكون الطرف الآخر قد أعد عدة الزواج وأنفق فيها مالا (مثل شراء الجهاز أو الانفاق على حفلة الزفاف... الخ) يكون قد ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر، مما يستوجب تعويض الطرف المضرور[1].

---

(١) راجع هذا الاتجاه منذ وقت بعيد فى فرنسا، محاكم الموضوع: روان Rouen ١٩نوفمبر ١٩٢٨ - دالوز ١٩٢٩-٧٩، رمحكمة Saumur فى ١٧ ابريل ١٩٤٧، جازيت دى باليه ١٨ يونيو. كما اتجهت محكمة النقض الفرنسية ذات الاتجاه منذ حكم لها فى ٣٠ مايو ١٨٣٨ سيرى ١٨٣٨-١-٤٩٢. وراجع أيضا: باريس ٢٦ يونيو ١٨٩٤ دالوز ١٨٩٥-٢-٨٦، ونقض مدني فرنسي، مارس ١٨٢٦ دالوز ١٨٢٧-٣٤١، ونقض عرائض ٢٣ مارس ١٩٣٢ جازيت دى باليه ٢٩ مايو ١٩٣٢، ونقض مدنى فرنسى ٢١ يونيو ١٩٣٣ جازيت دى باليه ٢١أكتوبر.

وفى مصر اتجهت محكمة النقض اتجاهاً مشابهاً لما سبق، حيث قضت بأنه وإن كان لكل من المتواعدين على الزواج مطلق الحرية فى العدول عنه من غير أن يترتب على هذا العدول إلزام بتعويض إلا أنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما.. وألحقت هذه الأفعال ضرراً بالطرف الآخر فإنها تكون موجبة للتعويض على من صدرت منه باعتبارها أفعالا ضارة فى ذاتها لا نتيجة عن العدول(1).

ومفاد ذلك أن العدول حرية لكل من الطرفين، فلا يجوز أن يكون مجالا فى ذاته لمسئولية قد تشوب حرية الاختيار الكامل فى الاقدام على الزواج أو الاحجام عنه. ولكن ما قد يثير مسئولية من عدل، ليس هو العدول، إنما ما تد يصاحبه من أفعال مستقلة مثل التشهير بالطرف الآخر، أو افشاء أسراره الشخصية، على نحو يمثل خطأ يرتبط بالضرر برابطة السببية القانونية (م ١٦٣ مدنى مصرى).

العدول عن الخطبة واسترداد الشبكة والهدايا:

عادة ما تثور مشكلة رد الهدايا والشبكة عند العدول عن الخطبة. وقد ربطت بعض شرائع المسيحيين بين حق الاسترداد والخطأ فى العدول والذى يتمثل فى انتفاء المبرر. ومن هذه الشرائع شريعة الأقباط

---

(1) نقض ١٩٣٩/١٢/١٤ مجموعة الأحكام س ٢٠ ص ٧٦٠، ونقض ٢٨ أبريل ١٩٦٠، مجموعة الأحكام س ١١، العدد الثانى، ص ٢٥٩.

الأرثوذكس. فعندهم ان من عدل بغير مبرر لا يجوز له أن يسترد ما قدمه من شبكة أو هدايا غير مستهلكة. غير أن محكمة النقض المصرية اتخذت اتجاها آخر أخرجت به مسألة الهدايا والشبكة من نطاق الأحوال الشخصية، وبالتالى أبعدها من نطاق قواعد الشرائع الدينية الخاصة. فقد اعتبرت محكمة النقض أن ما يقدمه أحد الخطيبين الآخر من هدايا يعتبر من قبيل الهبة، وذلك على أساس أن الشبكة والهدايا ليست ركناً من أركان عقد الزواج ولا شرطا من شروط صحته. فالزواج يتم صحيحاً بغيرها ولا يتوقف بأى حال عليها. وبالتالى يتأكد لدى هذه المحكمة أن هذه المسائل تمثل عقد هبة بالمعنى المفهوم فى القانون المدنى وتخضع بالتالى لأحكام هذا القانون (وليس للشرائع الدينية)، ولذلك يكون الحكم واحدا فيها بالنسبة لجميع المصريين، وهو حكم المادة ٥٠٠ من القانون المدنى المصرى والتي تنص علي أنه «يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك. فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع، متي كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع». ومعنى ذلك أنه يتعذر على الخطيب أن يسترد ما وهبه إلا فى حدود الضوابط المشار إليها فى المادة ٥٠٠ مدنى.

وقد يعترض على هذا الحكم بالقول بأن الهدايا كانت بدافع الزواج، فإذا لم يتم وفسخت الخطبة أصبحت الهبة باطلة لانعدام السبب، وجاز للواهب، بالتالى، أن يسترد ما وهبه. غير أن محكمة النقض ردت على هذا الاعتراض موضحة أنه لما كان السبب ركناً من أركان العقد

ينظر فى توافره أو عدم توافره إلى وقت انعقاد العقد، وكان العقد (عقد الهبة) فقد انعقد صحيحاً بتوافر سببه فإنه لا يمكن القول بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده، ومن ثم فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات، وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع، فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق، وتظل الهبة صحيحة قائمة رغم العدول عن الزواج»[1].

وحاصل ذلك أن الخطيب الواهب لا يجوز له أن يسترد الهدايا في حال العدول - إذا رفض الموهوب له الرد - إلا عن طريق القضاء، ويشرط أن يثبت عذراً مقبولا، وألا يوجد مانع من الرجوع.

المبحث الثانى

شروط انعقاد الزواج

أولا: التراضى:

أشرنا سلفاً إلى أن الزواج لا ينشأ إلا بتراضى طرفيه على قيامه. ولا تعرف الشرائع المسيحية ولاية الاجبار، على النحو المعروفة فيه فى فقه الشريعة الإسلامية. ويظهر الزوجان التراضى أمام الكاهن المختص حين يسألهما عن قبول كل منهما للآخر زوجاً. ومن حيث تجسيد التراضى المذكور، فإن الأمور تتم على نحو ما هى معروفة فى نظرية العقد، من

---

(1) نقض ٢٦ مايو سنة ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٤٨.

تطابق التعبير عن الإرادة بنية انشاء العلاقة الزوجية الدائمة بمعنى أن يقصد كل منهما قيام علاقة زوجية بماهيتها المقصودة شرعاً والمنتجة لآثارها.

ونية الارتباط مفترضة فى الزواج، ويفترض من خلالها الالمام كل منهما بما يترتب على الزواج من واجبات وحقوق متبادلة.

ويترتب علي ما سبق أنه لا يتصور انعقاد عقد من جانب عديم التمييز، سواء كان ذلك بسبب جنون أو عته أو عدم بلوغ سن السابعة. كما لا ينعقد زواج الهازل أو من عبر عن إرادته مع تحفظ ذهنى لا يصرف الإرادة الى الزواج بآثاره الشرعية وكذلك الحال في حالة الصورية(١).

ويلاحظ أن الأقباط الأرثوذكس يجيزون زواج المجنون إذا عقد فى فترة افاقته (م ٢٦).

ويجب أن يكون التعبير عن الإرادة فى الزواج حالا ومنجزاً، وبالتالى فلا يجوز تعليق الزواج على شرط أو اضافته إلى أجل، فإذا علق على شرط واقف فإننا نكون بصدد وعد بالزواج (خطبة) وليس زواجاً بالمعنى الصحيح.

أما إذا كان التعليق على أجل أو شرط فاسخ فإن ذلك يتنافى تماماً مع خاصية عقد الزواج المسيحى باعتباره رابطة دائمة غير قابلة

---

(١) وذلك إذا ثبت شئ من ذلك خاصة من التعبير عن الإرادة.

للانفصام. ومن هنا كان التعليق أو الاضافة على الحالة الأخيرة موجباً للبطلان.

وحتى فى حالة الوعد السالف الاشارة اليه، فإن التعليق أو الاضافة لابد أن تكون غير مخالفة للنظام العام، كأن يتفق فى الخطبة على اتمام الزواج بعد مدة معينة (شهور أو سنة مثلا) أو عند التحاق الزوج بوظيفة ما. ومن أمثلة التعليق المخالف للنظام العام تعليق اتمام الزواج على وفاة زوج أحد الطرفين.

وبالنسبة لكيفية التعبير عن الإرادة فإن القواعد العامة فى قانون العقود تجيز التعبير عن الإرادة بالكتابة أو بالقول أو بالاشارة المتداولة عرفاً. ومع ذلك فإن التعبير فى ابرام الزواج يتميز بأنه يتم أمام الكاهن الذى يسأل كل من الطرفين عن قبوله للارتباط بالآخر على النحو المقصود بالزواج، وبالتالى فالأصل هو عدم جواز اقتصار التعبير عن الكتابة. ولكن إذا كان الشخص عاجزاً عن النطق، فإنه يجوز له التعبير بأية وسيلة ممكنة، كالاشارة أو مد اليد لوضع خاتم الزواج، وكذلك يعبر سكوت البكر عن رضاها بإبرام الزواج.

وقد ورد عند الكاثوليك نص صريح يفرض النطق بالألفاظ عند من يستطيع الكلام (م ٢/٧٩ من الإرادة الرسولية) ولم يرد مثل هذا الشرط صراحة عند الطوائف الأخرى.

(٢) أن الأصل أن يتم الزواج فى المواجهة، أى فى حضور كل من الزوجين، خاصة وأن الشكل الدينى يستلزم تدخل الكاهن لمباركتهما وإتمام

الطقوس الدينية اللازمة لذلك. وقد ترتب على هذا الأمر عدم اجازة الزواج بطريق التوكيل عند الأرثوذكس والبروتستانت، أما الكاثوليك فرغم اقرارهم واقتضائهم لمبدأ المواجهة فى ابرام الزواج من حيث المبدأ إلا أنهم أجازوا استثناء امكانية ابرام الزواج عن طريق الوكالة (م ٧٩ من الإرادة الرسولية). وقد بروا هذا الاستثناء بالقول بأن الهدف من الحضور والشكلية هو منع الزواج السرى وابطاله إذا حدث. ولذلك فإن العلانية مكفولة فى حالة حضور الزوجين أو أحدهما بوكيل للضرورة، بمعنى أنه لا يجوز إلا إذا كان من المتعذر حضور الطرفين أمام الكاهن ولسبب جاد وخطير، وأن تكون الوكالة خاصة موقعة من الموكل ومن الرئيس الدينى وبشهادة شاهدين على الأقل، وإذا كان الموكل يجهل الكتابة وجب التنويه عن ذلك فى عقد الوكالة.

ويلتزم الوكيل - بطبيعة الحال - بحدود الوكالة الخاصة، وهى ابرام الزواج، ولا يتعدى دوره هذا النطاق إلى أمور أخرى مثل المطالبة بحقوق الزوجية نيابة عن موكله قبل الآخر. كما لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره. وأخيراً يجب على الغائب من الزوجين - عند حضوره - أن يتقبل البركة من الكاهن بصحبة الزوج الآخر (م ٨٢ من الإرادة الرسولية).

الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة:

الأصل أن ما ينطق به اللسان هو تعبير عما تتجه إليه النفس وتريده، وبالتالى فإن الإرادة الظاهرة تطابق الإرادة الباطنة أو الحقيقية. وفى النظرية العامة للالتزامات، فى القانون المدنى، تختلف المذاهب بين

مرجح للإرادة الظاهرة ومرجح للإرادة الباطنة. فى حين اتجه فريق ثالث إلى المزج بين النظريتين أخذاً بالإرادة التى يمكن التعرف عليها.

ولا تثـور أية مـشكلة إذا تطابقت الإرادتان، الظاهرة والبـاطنة، ولكن المشكلة تثـور، فى عـقـد الزواج، لو اخـتلفت الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة. ونلاحظ مبدئياً أن الأصل هو افتراض التطابق. وفى هذا تنص المادة ٧٧ من الإرادة الرسولية للكاثوليك «يقدر دائماً رضا النفس الباطنى مطابقاً للألفاظ أو الاشارات المستعملة فى ابرام عقد الزواج». وهذا الافـتـراض يسـهـل الأمـور من حـيث أنه يعـتـد بالإرادة الظاهرة باعتبارها مطابقة لحقيقة المقصد والنية، ذلك أن من يبرم زواجاً لابد أنه يقصده بماهيته ووصفه وآثاره الشرعية والقانونية، وعلى من يدعى خلاف ذلك أن يقيم الدليل على انتفاء هذا القصد، وفى هذه الحالة يقع الزواج باطلا ولا أثر له.

الأهلية اللازمة لابرام الزواج:

لابد لصحة العـقـد أن يكون كل من الزوجين قـد بلغ سن الزواج. وهي في القـانون المصـري ١٨ سنة للذكـر و١٦ سنة للأنثى. وهى ذات السن عند الأقبـاط الأرثوذكس، وعند الكاثوليك ١٦ سنة للذكـر و١٤ سنة للأنثى، وكذلك عند الانجيليين. وتجيز بعض الطوائف الاعفاء من الحد الأدنى لسن الزواج وذلك بموافـقـة الرئيس الدينى (م ٣٢ من الإرادة الرسـوليـة للكاثوليك) حيث يجوز الاعـفـاء فى حدود سنتين، وهو مـا يسمي التفسيخ. وعلى هذا النحو السابق فإن عدم بلوغ السن يعد مانعاً

من الزواج. ويضاف إلى شرط السن، كما سبق، ضرورة إذن الوالدين إذا كان المقدمان على الزواج لم يبلغ سن الرشد بعد. فالزواج على قدر عظيم من الخطورة والأهمية، وقد لا يدرك القاصر أهمية الزواج وما يترتب عليه من آثار والتزامات. ويمثل هذا الإذن ضرورة اجتماعية ودينية، ولكنه ليس ضرورة قانونية عند الكاثوليك إذ يجوز للقاصر الزواج دون أن يتوقف ابرام العقد على موافقة الوالدين أو أحدهما، ويرى هذا المذهب أن الشخص يستطيع أن يمارس الأسرار السبعة الكنسية (ومنها عقد الزواج) مادام قد بلغ سن البلوغ، خاصة وأن مثل هذا الشخص يستطيع دون إذن وليه أن يختار الرهبنة، خاصة وأن الحرمان من الزواج قد يؤدى بالقاصر إلى الخروج عن مقتضى الاستقامة الأخلاقية. وقد تأثرت الكنيسة الكاثوليكية فى هذا الاتجاه ببعض الاعتبارات التاريخية، فقد كانت القوانين السائدة فى الامبراطورية الرومانية تشترط لصحة زواج الأبناء موافقة رب الأسرة، وبعد انهيار هذه الامبراطورية وجدت الكنيسة أن هذا المبدأ المقيد للزواج يتعارض مع ما كان سائداً من عادات لدى الشعوب خاصة القبائل الألمانية. والتى كانت تعقد الزواج بين الفتى متى وصل إلى سن البلوغ (وأن الفتاة ليس لها تزويج نفسها مهما بلغ سنها، وليس لها أن تعترض على زوج تختاره لها الأسرة). ولقد أقرت الكنيسة الكاثوليكية المبدأ بالنسبة للذكور وعممته بالنسبة للاناث، حيث تقرر للأنثى حق الاعتراض على عريسها وأنه لا يجوز تزويجها بغير رضاها. وقد تأكدت المفاهيم السابقة فى المجمع التريدنتينى حيث رفض اقتراحاً يقضى ببطلان الزواج الذى يتم بغير رضا الوالدين.

أما عند الأرثوذكس والبروتستانت فلابد من موافقة ولى النفس على زواج القاصر. وفى هذا تنص المادة ١٢٠ من قواعد الأقباط الأرثوذكس على أن يبقى الولد تحت سلطة والديه إلى أن يبلغ سن الرشد ولا يسمح له بمغادرة منزل والده بغير رضاه إلا بسبب التجنيد. وتنص المادة ٣١ من قواعد البروتستانت على أن «يكون الولد ذكراً أو أنثى تحت ولاية أبوه إن وجد حتي سن التكليف».

غير أنه لا يجوز للولى أن يتعسف في رفض زواج من بلغ سن الزواج، فإن تعسف جاز التظلم للرئيس الدينى الذى يأذن بالزواج بعد محاولة إقناع ولى الأمر، كما يجوز الحصول على هذا الإذن من القضاء، ويقول ابن العسال «من يمنع الذين تحت حجره من أن يزوجهم ومن أن يتزوجوا ظلماً ولا يعطيهم جهازهم فللرؤساء أن يلزموه بالتزويج والتجهيز». ويمثل كل ذلك قدراً من التوازن عبّرت عنه إحدى مقولات الكتاب المقدس «أيها البنون أطيعوا والديكم فإن هذا هو الرضى فى الرب، أيها الآباء لا تغيظوا بنيكم لئلا تفشلوا»[1]. وحاصل كل ذلك أن من بلغ سن الرشد لا يتقيد بالأحكام السابقة إذ له أن يتزوج دون إذن من وليه ولا معقب عليه.

---

(١) راجع ما جاء فى الخلاصة القانونية «تتوقف صحة عقد الزواج على رضاء الزوجين ورضاء أبويهما أو أوليائهما مادام تحت الولاية بحيث إذا تمنع الآباء أو الأولياء عن أن يزوجوا من هم تحت ولايتهم الراغبين فى الزواج بدون موجب شرعي يمنع رغبتهم فللرؤساء الروحانيين أن يلزموهم بالتزويج والتجهيز بقدر ما يمكن (المسألة الخامسة عشرة).

ثانيا: عيوب الرضاء:

يتفق عقد الزواج مع غيره من العقود فى شأن نظرية سلامة الرضاء من العيوب، فالأصل أن من يقدم على الزواج يعبر عن قبول ورضاء، عن علم وادراك لماهيـة العقـد مقصـوداً بآثاره، مقروناً بنيـة الالتزم الدائم والمستقر. غير أن إعمال الجزاء، حال تعيب الرضاء، يضحى فى عقد الزواج محفوفاً بالمخاطر، لأنه يؤدى إلى هدم العلاقة الزوجية التى يرجي لهـا الدوام والاستـقرار. ومن هنا كنت النظرة في شأن إعمال الجزاء مختلفة نسبياً عن النظرية العامة فى العقود المدنية. فالهدف فى عقد الزواج هومحاولة أن تجعل هذا العقد بمنأى عن أوجه البطلان أو الابطال بقدر الإمكان، وأن نرجح احتمالات الصحة على مزالق البطلان، وذلك بتبنى اتجاه مضيق ومقيد فى شأنه.

وعيوب الإرادة كما يعرفها القانون المدنى في معالجة للعقود المدنية هى الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال. غير أن بعض هذه العيوب لا يتصور فى عقد الزواج كما هو شأن الاستغلال، لأن هذا العيب كما يتصوره القانون المدنى مرتبط بخلل فى التوازن المالى للعقد، وهو أمر لا يرد فى عقد الزواج حيث أن موضوعه هو اجازة حل كل من الزوجين للآخر، فى علاقة جوهرها قائم على الرابطة الشخصية. أما إذا ثار بينهما نزاع فى شأن علاقة مالية فإن الأمر لا يمس عقد الزواج فى ذاته.

كذلك الحال فى شأن التدليس حيث يعتمد فى جوهره على

استخدام الوسائل الاحتيالية التى تبلغ حداً من الجسامة بحيث تدفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد، وبالتالى يجيز ابطال العقد، إذا علم به المتعاقد الآخر أو كان فى استطاعته أن يعلم.

والأصل أن التدليس لا يؤثر على عقد الزواج ذلك أن عادة الأفراد قد جرت على المبالغة فى الاطراء والظهور بمظاهر الثراء أو الجاه أو الجمال جذباً للعريس أو العروس المؤمل فيهما. ومن هنا كانت قولة الفرنسيين «فى الزواج يخدع من يستطيع»، أى أن الخداع وارد وغير مؤثر إلى حد ما.

غير أن من صور التدليس ما يبلغ حداً يتجاوز المألوف وفى هذه الحالة يتم ايقاع المدلس عليه فى غلط يدفعه إلى التعاقد، وهنا يختلط عيب التدليس بعيب الغلط في ابرام الزواج، ويبحث معه في صور متعددة ومحصورة. ونعرض فيما يلي لكل من الغلط والاكراه.

(١) الغلط:

تبدو مشكلة الغلط فى نطاق عقد الزواج على قدر من الدقة والحساسية. ذلك أن الغلط كما يعرفه القانون المدنى هو أن يتوهم، أو يتصور شخص، أمراً على خلاف الحقيقة عند ابرام العقد، فيدفعه هذا التصور إلى التعاقد، على أن يبلغ الغلط قدراً من الجسامة لولاها لما أقدم صاحب الشأن على التعاقد. ويشترط القانون المدنى لهذا السبب أن يكون الغلط جوهرياً.

ومن هنا كان وجه الدقة فى تحديد متى يكون الغلط جوهرياً فى

عقد الزواج، علي نحو يستتبع هدم العلاقة الزوجية نتيجة للحكم بالبطلان؟ فأمر الزواج ليس كأمر العلاقات المادية فى العقود المدنية؛ وتصور ما هو جوهرى فى هذه العقود المالية أمر متيسر، وفق معايير يمكن ضبطها وفق العرف وملابسات التعامل وما يقتضيه السوق من واجب حسن النية. أما فى علاقات الزواج فوجه التفاوت النسبى واختلاف وجهات النظر بين الناس بين ما هو مقبول أو غير مقبول، وبين الجمال والقبح، وبين الصلاح والطلاح، كل ذلك محكوم باعتبارات مرنة للغاية، متحركة الحدود من شخص إلى آخر، ومن طبقة إلى أخرى، ومن مجتمع إلى مجتمع.

يضاف إلى ذلك أن النظرة إلى ابطال العقد للغلط لابد أن تختلف بالضرورة باختلاف النظم القانونية للزواج، خاصة من انحلاله. فحيث يسهل الطلاق لا داع للتوسع فى نظرية البطلان، وحيث يكون الزواج مؤبداً صعب الانحلال، أو مستحيل، يكون الاتجاه نحو التوسع فى الابطال، تحايلا على مبدأ عدم القابلية للانحلال، أو على الأقل تخفيفاً من صرامته.

لذلك كان منطقياً أن يتجه القانون الكنسى إلى تبنى مفهوم واسع للغلط. ويقوم هذا المفهوم على استبعاد الغلط فى القانون، والذى ينصرف إلى تصور القواعد القانونية التى تحكم الزواج علي غير حقيقتها، كمن يقدم على زواج وهو مسيحي متصورا أن الزواج قابل للانحلال، أو يتصور أنه يستطيع أن يتزوج بأكثر من واحدة. فمثل هذا

الغلط غير مقبول ولا يجوز التمسك به لابطال العقد (م ٧٥ من الإرادة الرسولية) أما الغلط فى الواقع، فهو الذى ينصب على عناصر واقعية والتى تتخير الإرادة فى شأنها الموقف الذى ترتضيه، ثم بناء عليه تقدم على التعاقد انطلاقاً من فهم هذه العناصر ·

وينصرف الغلط فى الواقع - بمناسبة الزواج - عادة إلى ذاتية الشخص أو الطرف الآخر أو إلى صفة من صفاته·

الغلط فى الشخص:

وهو فرض نادر الحدوث وقد أعطى الفقيه الفرنسى «بوتييه» مثلا لهذا النوع من الغلط: شخص يتزوج معتقدا أنه تزوج من الآنسة «جان» فيتبين أنه تزوج من الانسة «مارى»، وهو مثال نظرى لا يجد له صدى فى الواقع العملى، خاصة عند الطوائف التى لا تجيز الوكالة فى الزواج كما هو حال الأقباط الأرثوذكس· ومع ذلك فإن قواعد هذه الطائفة تنص على أنه إذا وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش (م ٣٧) ويبدو أن المقصود هو حالة استخدام وسائل احتيالية لايقاع أحد الزوجين فى غلط فى شخصية الطرف الآخر·

وعند الكاثوليك تنص المادة ١/٧٤ من الإرادة الرسولية على ابطال العقد للغلط فى الشخص·

الغلط فى الصفة:

وهذا النوع الثانى هو الأكثر تصوراً فى الواقع العملى· والأصل

في هذا المقام أن الغلط لا يؤثر في قيام العقد صحيحاً. وهو اتجاه إلى استقرار عقود الزواج وتفادى أسباب انهياره بقدر الامكان. غير أن هذا الغلط يعتد به ذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يقترب في أثره من الغلط في شخص المتعاقد الآخر، كأن يتقدم شخص للزواج من ابنة صديق له تعرف عليه بالمراسلة، وفى يوم الزواج تقدم له شخص آخر اعتقد أنه الصديق المقصود، ثم تبين خلاف ذلك. فالغلط فى صفة الصداقة اختلطت بالغلط فى الشخص.

والصفات التى يمكن أن تؤخذ في الاعتبار كثيرة ومتعددة، ولذلك يتعين الاحتياط فى تناولها، وتحديد المؤثر منها وغير المؤثر.

وقد اتجه القضاء الفرنسى فى بعض مراحل تطوره إلى الاعتداد بالصفات النفسية الجوهرية. بمعنى أن الغلط يعيب الإرادة فى كل حالة يرد فيها على صفة دافعة للتعاقد، أخذاً فى الاعتبار أن الشخص، حين يقدم على الزواج، إنما يضع في اعتباره مجموعة من الصفات المؤثرة وبالتالي فإن هذا المفهوم السابق يحمل توسعاً يؤدى إلى عدم استقرار عقود الزواج، إذ يقوم هذا المفهوم على اعتبارات شخصية فى حدود واسعة تتنوع وتتغير من حالة إلى أخرى على نحو غير مقبول، إذ يدخل فيها الصفات الذهنية، الأخلاقية، الديانة، الأصل العنصرى، الأمانة.... الخ. غير أن هذا الاتجاه السابق صادف معارضة وتقييداً بحكم صادر سنة ١٨٦٢، حيث رفضت محكمة النقض الفرنسية الغلط فى أمانة الزوج الآخر كسبب للتمسك بالابطال (٢٤ أبريل سنة ١٨٦٢

دالوز ١٨٦٢-١-١٥٣) وأعطت للغلط كعيب في الإرادة مفهوما ضيقا ومع ذلك كان وجه النقد الأساسي لهذا الاتجاه المضيق هو أنه جاء في وقت كان يتعذر فيه انهاء الرابطة الزوجية بسبب منع الطلاق، مما دفع أحكاما أخرى إلى الحديث عن معيار عام حول الصفات المؤثرة موضوعياً في ابرام العقد، والتي يؤدي الغلط في شأنها الى القابلية للبطلان. ومن هذا القبيل الغلط في جنسية الزوج إذ تبين أنه المانى الجنسية في وقت كان العداء مستحكماً بين الألمان والفرنسيين (محكمة السين، فبراير ١٩١٨، سيرى ١٩٢٠-١-١٢٩) ثم صدر قانون سنة ١٩٧٥ في فرنسا لكي يؤكد على مفهوم الغلط المؤثر بأنه الغلط في الصفات الجوهرية.

وفي شريعة الأقباط الأرثوذكس في مصر نصت المادة ٣٧ على امكان ابطال العقد إذا وقع غش في شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكراً وثبت أنها ثيب، وأن بكارتها قد أزيلت بسبب سوء سلوكها، أو في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل.

(٢) الاكراه:

يعتبر الاكراه مفسداً للرضاء في مفهوم القانون المدني وذلك بما يتولد عنه من رهبة تقع في نفس المتعاقد فتدفعه إلى ابرام العقد. وهو ما يسمى بالاكراه المعنوي، وعند توافره يكون الرضا بالعقد قد صدر عن غير حرية أو اختيار كاملين وصحيحين.

ويختلف الاكراه المعنوي، المقصود في هذا المقام، عن الاكراه المادي الذي لا يقف عن حدود افساد حرية الاختيار، ولكنه يتجاوز ذلك إلى

اعدام الإرادة. وعند توافره لا تقوم للعقد قائمة لبطلانه بطلاناً مطلقاً. وهذا النوع من الاكراه (المادى) يتعذر حدوثه فى عقد الزواج، إذ من غير المتصور أن يمسك شخص بيد آخر ليحركها بإمضاء العقد، أو أن يجبر شخص آخر مادياً على أن ينحنى برأسه أمام الكاهن للاعراب عن موافقته على الزواج. فشكلية الزواج الدينية، واحاطته بطقوس خاصة علنية تحول دون حدوث اكراه مادى بالمعنى السابق. لذلك يبقى الحديث عن الاكراه المعنوى، الذى لا يعدم الإرادة ولكنه يجعلها معيبة لصدورها عن غير حرية واختيار.

والاكراه على هذا المعنى يتفق مع مفهومه فى القانون المدنى. ففي هذا الأخير يكون أثر الرهبة أن المتعاقد قد أرهب معنوياً فوقع بين أمرين عليه أن يختار بينهما: أن يعرض نفسه للخطر المهدد به أو أن يبرم العقد. وهو يختار بابرام العقد أهون الضررين. فالاختيار قائم، ولكنه مشوب بالرهبة وبالتالى معيب.

وقد كان الكاثوليك[1] أكثر من اهتم بالاكراه كعيب فى الرضا بالزواج. فقد نصت المادة ٧٨ من الإرادة الرسولية على أنه: لا يصح الزواج المعقود عن خوف شديد توقعه علة خارجية، وكل خوف غير هذا ولو سبب ابرام العقد لا يلزمه بطلان الزواج. كما نصت المادة ٢/٢٤ من

---

(١) يحظر الأرثوذكس أن يتزوج الولى بمن تحت ولايته (الولاية هنا بالمعنى الواسع) أو يزوجها لابنه أو أخيه إلا بعد أن تبلغ السن الذى يكون أمرها فيه بيدها وبعد تصريح الرئيس الدينى: محمد لمى وألفى بقطر، السابق، ص ١٧٤.

قواعد الأقباط الكاثوليك على أن الزواج يقع باطلا إذا كان الرضا مشوباً بالاكراه معنوياً كان أو مادياً. وقد أوردت الإرادة الرسولية للكاثوليك تطبيقاً خاصاً للاكراه فى حالة الخطف (م ٦٤).

ونعرض فيما يلى للشروط العامة للاكراه الذى يبطل الزواج، ثم للحالة الخاصة بالخطف.

شروط الاكراه كما أوردتها قواعد الكاثوليك:

يشترط فى الاكراه الذى يفسد الرضا وبالتالى يبطل العقد عدة شروط تلتقي جميعاً عند فكرة الرهبة التى تجعل رضاء المتعاقد غير حر فى اختياره:

١ - أن تتوافر حالة خوف شديد: والأمر مرده إلى القاضى هو الذى يقدر مدى الاكراه الواقع على المتعاقد. وهو يقدر ذلك فى ضوء الظروف التى حدث فيها الاكراه، الوسائل التى استخدمت فيه ومدى جسامتها وتأثيرها. والعبرة فى قياس الخوف هى بمعيار ذاتى، وهو المعيار الذى أخذ به القانون المدنى المصرى فى شأن العقود، إذ يراعى فى التقدير سن من وقع عليه الاكراه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الاكراه (م ١٢٧ مدنى). فأثر الاكراه هو مسألة نفسية، وبالتالى ذاتية، وفى حدود هذا المعيار يجب أن يرقى الخوف إلى درجة كافية لافساد الرضاء، وبالتالى فإذا كان ما حدث مجرد ضغط معنوى لا يرقى إلى الأذى فإنه لا يعد اكراها: وعلى سبيل المثال لا يجوز للابن أن يدعى اكراها لمجرد اثبات أنه تزوج نزولا عن رأى والده،

أو ضغط أسرته الأدبي. ولذلك يذهب الفقه عامة إلى أن مجرد النفوذ والشوكة الأدبية لا يمثلا اكراهاً بالمعنى الصحيح[١] من حيث المبدأ، ولكن قد يتخذ هذا النفوذ ما يهدد بخطر يدفع الشخص إلى ابرام العقد، كما هي الحال في نفوذ الرئيس الإداري الذي يملك ابقاء مرؤوس في الخدمة أو فصله. وكذلك الحال لو أن رئيساً دينياً مارس تأثيره على إحدى مريديه بعد أن يبعدها عن أقاربها ويحيطها بأعداء ندا، بما يؤدي إلى الخضوع لأوامره[٢] رهبة وامتثالا. كذلك قد يثبت الاكراه من جانب الأب في ظروف معينة كما إذا كانت الابنة رافضة الزواج ولكنها أقتده تحت اكراه والدها حال كونها طالبة وهددها بطردها من المنزل وهي في حاجة لمساعدته المالية، فضلا عن أنه كان مريضا بشلل نصفي وتخشى ان عارضته أن يصيبه مكروه. ولم يقدم الأب دليلا ينفي ما شهد به شاهدا الابنة مما جعل المحكمة تطمئن إلى صحة ما جاء بأقوال الشاهدين وتستخلص أن إرادة المستأنفة كانت مسلوبة وقت العقد الذي يصبح معه الزواج مشوباً بالبطلان. ففي مثل هذه الحالات قد يستخلص القاضي اكرهاً مفسداً للرضاء[٣].

---

(١) والتي تنتج عن صلة قرابة، أو مصاهرة، أو علاقة الأستاذ بتلميذه أو رجل الدين بمريديه، أو الرئيس الإداري بالمرؤوس، أو الوصي بالمشمول بوصايته.

(٢) راجع: السنهوري، الوسيط - ١ - المجلد الأول ١٩٨١، رقم ١٩٧، وراجع أحمد سلامة، الوسيط في الأحوال الشخصية رقم ١٥٥.

(٣) استئناف القاهرة ١٦/٢/١٩٨٠ الدعوى رقم ٥٣ س ٩٧ ق أحوال شخصية.

ويتعين أن يكون التهديد محدقاً، أي حالا، أو وشيك الوقوع. فإن كان مستقبلا فلا يصلح من حيث المبدأ سندا للادعاء بالاكراه. ومع ذلك فهذا التحديد ليس مطلقا، إذ قد يقدر القاضي فعالية الاكراه بخطر غير حال مما يفسد الرضاء، وذلك استناداً إلى تقديره لسن الذى وقع عليه الاكراه، أو الظروف والملابسات التى تم فى اطارها.

٢ - أن يكون الاكراه قد استند إلى وسيلة غير مشروعة: فالتهديد بأمر مشروع، لا يتحقق به الاكراه. فمن يهدد شخص برفع دعوى قضائية ضده إذا لم يتزوج بمن اعتدى عليها لا يمارس اكراها غير مشروع. أما إذا كان التهديد فى هذه الحالة بالقتل، فإن ذلك يفسد الرضاء. وهذا التحديد يثبت أنه لا عبرة بالبواعث فمن يريد ارغام الشخص علي الزواج من ضحيته ينطلق عن باعث مشروع، ولكن التهديد بالقتل يعد أسلوباً غير مشروع يؤدى إلى توافر الاكراه بالمعنى القانونى ويبطل بالتالى عقد الزواج.

٣ - أن يصدر الاكراه عن وسيلة خارجية: بمعنى ألا يكون مجرد خشية ذاتية تلقائية لم تحدثها علة خارجية، وهذه العلة الخارجية تتحقق بفعل شخص قد يكون هو المتعاقد الآخر وقد يكون شخصاً آخر غيره. ويلاحظ فى هذا المقام أن الخوف الذى يتولد عن ظروف خارجية (وليس بفعل شخص معين) تهيأت مصادفة ولا يد لأحد فيها، ولم يفعل أحد المتعاقدين سوى انتهاز فرصة هذه الظروف للاستفادة منها، ليس اكراها، فمن يهدده الغرق مع صديقته فيتزوجها رهبة من الموت المحدق،

لايجوز له أن يتمسك بالاكراه بعد ذلك لابطال العقد(١).

كما يترتب على المنطق السابق أيضاً، أن الرهبة الذاتية التى تقوم لدى الفتاة بناء على تصور خاص بها دون ضغط خارجي لا تمثل اكراها مفسداً للإرادة. ومثال ذلك من تتزوج رهبة وخوفاً من والدها الذي لم يمارس عليها ضغطاً فعلياً، وفي هذا المثال لا يتوافر اكراه بالمعني الصحيح.

٤ - أن يكون الاكراه مستهدفا ابرام العقد : ويرمى هذا الشرط إلى التمييز بين حالتين للاكراه، الاكراه لدفع المرأة إلى الزواج، وهو الاكراه المبطل لعقد الزواج سواء انصرف الاكراه إلى الزواج من حيث المبدأ، أو انصرف إلى الزواج من شخص معين بالذات. أما الحالة الثانية فهى حالة الاكراه الذى لا يتصل بعقد الزواج، كالاكراه بقصد الانتقام، أو بقصد القصاص، وفى هذه الحالة لا يبطل الزواج(٢).

صورة خاصة للاكراه عند الكاثوليك: الخطف:

نصت المادة ٦٥ من الإرادة الرسولية على أنه لا يمكن أن يقوم زواج بين الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد التزوج منها مادامت فى حوزة الخاطف، ويزول المانع إذا فصلت المرأة المخطوفة عن خاطفها ووضعت فى

---

(١) راجع السنهوري، السابق، الذى يري أنه فى العقود المالية يجب التسوية فى حكم الابطال بين حالة الاكراه الصادر من الشخص والاكراه الناتج عن ظروف خارجية استغلها المتعاقد الآخر لابرام العقد ، رقم ٣٠١.

(٢) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ١٥٥.

مكان أمين حر فرضيت بالتزوج منه».

والنص السابق يندر تطبيقه فى العصر الحديث، ويبدو أنه كان وارداً فى العصور الوسطى فى أوروبا، فاهتمت به الكنيسة واعتبره المذهب الكاثوليكى مانعاً من موانع الزواج. وأوضح النص السابق أن الزواج لا ينعقد شرعاً حال قيام حالة الخطف، كما أوضح النص الشروط التي يتوافر معها هذا المانع وهى:

١ - **توافر الفعل المادى للخطف**، وهو اختطاف امرأة قسراً واحتجازها فى مكان تقيد فيه حريتها، وعلى نحو تكون معه تحت سلطة الخاطف وهيمنته. ويفترض هذا المعني ألا يكون وجودها فى مكان ما برضائها واختيارها. ففي هذه الحالة الأخيرة لا يتوافر الخطف، ولو كانت المرأة فى هذا المكان رغم إرادة والديها أو ذويها. ولا يتوافر الخطف أيضاً إذا ذهبت المرأة إلى المكان بطريق التغرير والخداع، ولكنها وافقت رغم ذلك على الزواج. وعلى العكس يتوافر الخطف لو ذهبت المرأة بإرادتها، ولكنها احتجزت عنوة وقهراً وأجبرت على الزواج. لذلك جاء بالنص أنه إذا زال الخطف بأن أصبحت المرأة حرة الإرادة ورضيت بالزواج فإن المانع يزول.

٢ - **أن يكون المخطوف امرأة**: وهو شرط واضح من صياغة النص الوارد في الإرادة الرسولية، وهو ما يتفق من ناحية، مع المفترضات التى قصد النص مواجهتها عملا، وهى حالات خطف الاناث، فإذا خطفت امرأة رجلا وأجبرته على الزواج، فلا يتوافر المانع.

أما إذا توافر مانع الخطف بشروطه، فيستوى أن يكون الخاطف هو الراغب فى الزواج، أو أن يكون الخاطف قد عمل لحساب غيره، وقام هذا الغير باجبار المرأة على الزواج منه.

٣ - أن يكون الخطف بقصد الزواج: وهو ما يستفاد أيضاً من صياغة النص. غير أنه إذا انتهى الخطف بالزواج فإن هناك قرينة على أن الخطف كان بدافع الزواج من المخطوفة. وعلى الزوج إذا جادل فى ذلك أن يقيم هو الدليل على أن الخطف كان بدافع آخر. كأن يثبت أن الخطف كان بدافع المواقعة الجنسية مع امرأة سيئة السلوك، أو أن الخطف كان لأهداف مالية، ثم تحول الأمر إلى الزواج. ففى مثل هاتين الحالتين لا يقوم المانع.

(٣) التدليس:

التدليس هو ايهام شخص بغير الحقيقة، باستخدام وسائل احتيالية بقصد حمله على التعاقد، ويتم التعاقد بالفعل نتيجة التغرير. والمغرر به يقع في غلط، حيث يتوهم أمر التعاقد على غير حقيقته. مما يحمله على ابرام العقد. وتعتبر الإرادة، فى هذه الحالة، معيبة لما ترتب على التدليس من غلط يدفع إلى التعاقد. ومن هنا كان التدليس وثيق الصلة بالغلط. ففى الحالتين، الغلط هو الذى أفسد الإرادة، بحيث لولا الوقوع فيه لما تم الاتفاق. ولكن يبقى بين الحالتين فارق هام، وهو أن الغلط فى حالة التدليس هو غلط مستثار، أى استثارة وخلقه أحد المتعاقدين (المدلس) فى ذهن المتعاقد الآخر (المدلس عليه) فى حين أنه

فى حالة الغلط - بعيداً عن التدليس - هو غلط تلقائى وقع فيه الشخص من تلقاء نفسه متصوراً الأمور على خلاف حقيقتها . ولا شك أن التدليس يضيف، فى شأن عيوب الإرادة أمراً جديدا ، وهو أن استخدام الوسائل الاحتيالية يعد خطأ يستوجب المسئولية فى حق المدلس، والزامه بتعويض المدلس عليه عما لحق به من ضرر (فضلا عن ابطال العقد بطبيعة الحال) .

واقتراب الغلط من التدليس - في حدود المعنى السابق - يبدو أكثر وضوحا في عقد الزواج . وقد كان يقال قديما ، في الفقه الفرنسى مثل يذهب إلي أنه في الزواج يخدع من يستطيع، بمعني أنه لا مانع من قدر من الخديعة لايقاع أحد الأطراف فى حبائل الآخر، انتهاء بالوقوع في شباك الزوجية . غير أن هذه المقولة لابد أن تقف عند حدود محددة لا تتجاوزها ، وهو تحسين الصورة الشخصية أو العائلية أو السمعة، ومعنى ذلك ألا يصل الأمر إلى حد الخديعة المؤثرة فى الإرادة والتى لولاها لما أقدم الشخص على التعاقد ، خاصة إذا انصرفت الخديعة إلى مسائل جوهرية تمس الشرف والاعتبار، كبكارة الزوجة أو خلوها من الحمل .

وحالات التدليس فى الزواج لا تدخل تحت بند الغلط التلقائى، وبالتالى لا يجوز بحثها تحت بند عيب «الغلط» لأن الاعتقاد - مثلا - فى بكارة الزوجة ، أو فى خلوها من الحمل، هى أمور تتفق مع المجرى العادى للأمور ، أى أنها مفترض قائم حسب العرف والأخلاق الجارية . فمن يعتقد فى توافر هذه الصفات لا يتصور أمراً على خلاف حقيقته .

والحقيقة أن مثل هذه الأمور تقع تحت طائلة التدليس، وهو عادة تدليس إما بالكذب، أي ذكر الأمور على غير حقيقتها، أو أنه تدليس بالسكوت، بمعنى عدم الافصاح، من جانب الزوجة، عن ظروف أو ملابسة لو علم به الزوج الآخر لما أقدم على ابرام العقد[١]. والملابسة هنا على قدر من الأهمية، مثل الخلو من الحمل أو «بكارة الزوجة»[٢].

لذلك فإن النصوص التى تعرضت للغلط فى هذه الأمور تحدثت عن الغش والخداع.

فقد نصت المادة ٣٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أنه إذا «وقع غش فى شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج إلا من الزوج الذى وقع عليه الغش. وكذلك الحكم إذا وقع غش فى بكارة الزوجية بأن ادعت انها بكر وثبت ان بكارتها أزيلت بسبب سوء سلوكها أو خلوها من الحمل وثبت أنها حامل».

وكذلك أجازت المادة ١٧ من شريعة الأرمن الأرثوكس الطعن فى عقد الزواج «أو الغش فى بكارة الزوجة أو خلوها من الحمل» ويكون الطعن فقط من الزوج الذي وقع في الغلط، كما اعتبرت المادة ٥٩ من

---

(١) راجع وقرب المادة ١٢٥ مدنى التى تنص على أن يعتبر تدليسا سكوت المدلس عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بهذه الواقعة أو هذه الملابسة».

(٢) وقد قضى بأن الغش فى بكارة الزوجة يتوافر بمجرد ادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة: نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ - ٣٧ ص ١٧٤٧.

شريعة السريان الأرثوذكس الغش والخداع سبباً من أسباب فسخ عقد الزواج.

ويلاحظ فيما سبق أن أهم تطبيقين للتدليس (بالكذب) أو الغش بمجرد السكوت) هما فى الخلو من الحمل، وبكارة الزوجة.

والحالة الأولى، الخاصة بالخلو من الحمل، لا وجه للتفصيل فى شأنها، فهى بذاتها تحمل مقومات الغش، ويبطل معها عقد الزواج[١]، دون حاجة إلى مزيد من الشروط أو الضوابط، وهو ما يتضح من صياغة المادة ٣٦ من لائحة الأقباط الأرثوذكس.

– أما الحالة الثانية، فقد وضع لها النص السابق ضوابط وهي: «إذا ثبت أن بكارتها قد أزيلت بسبب سوء سلوكها»، كما يشترط مبدئياً ألا يكون الزوج على علم بزوال البكارة، ثم قبل ذلك وخالط زوجته جسدياً[٢].

– وفي مقام الاثبات، يكون مرد الأمر إلى الفحص الطبى، عند الخلاف فى شأنه. فإذا ثبت أن الزوجة لم تكن بكرا، انتقل الخلاف إلى اقامة الدليل على سبب زوال البكارة؟ وقد ذهبت بعض الأحكام إلى أن

---

(١) مع ملاحظة أنه لا وجه للتمسك بالغش إذا كان الزوج يعلم بالحمل قبل ابرام الزواج وقبل التعاقد علي هذا الأساس.

(٢) تنص المادة ٣٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على عدم قبول دعوى البطلان إذا رفعت بعد شهر من وقت العلم بالغش وبشرط عدم حصول مخالطة زوجية من ذلك الوقت.

عبء الاثبات يقع علي عاتق الزوج، إذ عليه أن يقيم الدليل على أن البكارة قد أزيلت بسبب سوء سلوك زوجته. فإذا قام الدليل علي ذلك، كان من حقها أن تدفع دعواه بأنه قد علم بالحالة لأكثر من شهر مضى (اجازة ضمنية) أو أنه قد عاشرها معاشرة الأزواج، إذ أن ذلك يعد اجازة صريحة للعقد[١]. وهذه الأمور هى من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها[٢].

---

(١) نقض ١٩٨٥/٤/١٦ طعن ٩ س ٥٤ ق، و١٩٧٨/١١/٢٩ طعن ٧ س ٤٦ ق.

(٢) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ سبقت الاشارة إليه.

المبحث الثالث

موانــــع الــــزواج

من شــروط صـحـة الزواج ألا يوجـد مـانع يحـول دون انعـقـاده من الناحية الطبيعية ومن الناحية الدينية. ومن الموانع ما يحول دون الزواج تحقيق غاياته المرجوة كمانع العجز الجنسى ومانع السن. ومنها ما يكون الزواج معها باطلا من الناحية الشرعية والدينية، مثل ارتباط الشخص بزواج مازال قائماً ومثل مانع القرابة، رغم عدم وجود مانع طبيعى من اتمام الزواج. وجميع الموانع التى نعرض لها فى نهاية المطاف مانعة من ابرام العقد شرعاً، وبالتالى يؤدى توافرها إلى البطلان.

وموانع الزواج متعددة أهمها: مانع القرابة، العجز الجنسى، الارتباط بزوجية قائمة، العدة، اختلاف الدين والملة، الكهنوت والرهبنة.

المطلب الأول

القرابـــــة

تعتبر القرابة، حتى درجة محددة، مانعاً من الزواج عند المسيحيين، وهى كذلك عند جميع الشرائع الدينية، وإن اختلفت التفاصيل. ويعود هذا المبدأ إلى اعتبارات منها ما هو أدبى وأخلاقى، ومنها ما يتعلق بالملاءمة والحرص على سلامة النسل. فالاعتبارات الأدبية استقرت عرفاً فى أن الأقارب حتى درجة معينة مباشرة يقوم

بينهم حرج طبيعى فى ممارسة واجب العلاقة الزوجية، خاصة بين من يعيشون تحت سقف واحد. يضاف إلي ذلك أنه من المستقر عليه علمياً أن الجينات الوراثية والتى تطورت دراستها، مع الاتجاهات الجديدة للهندسة الوراثية، تؤدي إلى ظهور كثير من الأمراض لدى الأطفال المولودين من أبوين يرتبطان بقرابة مباشرة غير بعيدة.

وتنقسم القرابة المانعة عند المسيحيين إلى أقسام هى قرابة الدم، قرابة المصاهرة، قرابة الرضاع، القرابة الروحية، القرابة القانونية.

أولاً: قرابة الدم:

وهى الصلة التى تربط من يجمعهم أصل مشترك واحد سواء كان الصلة قرابة على عمود النسب، أى قرابة الخط المستقيم، أم كانت قرابة الحواشى.

وتتفق جميع المذاهب المسيحية على تحريم الزواج بين أقارب الخط المستقيم، أى بين الأصول والفروع، أياً كانت درجة القرابة. فلا يجوز مطلقاً الزواج بين الشخص وأصوله وإن علو، أو الزواج من فروعه وإن نزلوا. ويتحقق هذا المانع مطلقاً بغض النظر عن شرعية صلة القرابة، تعنى أنه يتوافر حتى ولو كانت القرابة ناشئة عن قرابة غير مشروعة. وفى ذلك يقول ابن العسال «التزويج الممنوع خمسة عشر قسماً: القسم الأول زيجة القرائب بالطبع، ولو لم يكونوا من تزويج ناموس، وهى على ثلاثة ضروب: المستعلون وهم الوالدان والجدان فصاعداً. والنازلون وهم

الأولاد وأولادهم فنازلاً» . كما جاء في الإرادة الرسولية للكاثوليك «الزواج لاغ في الخط المستقيم من القرابة الدموية بين كل الأقارب الصاعدين والنازلين شرعيين كانوا أم طبيعيين» (م ٦٦) .

أما قرابة الحواشي فأمرها محل خلاف بين المذاهب المسيحية فيما يتعلق بالدرجة المحرمة للزواج.

فعند الأقباط الأرثوذكس تقوم تفرقة - في صدد درجة القرابة المانعة - بين من كان الأصل الجامع بينهم الأبوين، ومن كان الأصل الجامع بينهم الجدين، فإذا كان الأصل المشترك هو الأبوين فالمانع كامل ومطلق حيث لا يجوز الزواج بالأخت أو بناتها وإن نزلوا: «لا يجوز الزواج بين الاخوة والأخوات ونسلهم».

أما بالنسبة لمن يجمعهم الجد، كالأعمام والعمات والأخوال والخالات، فإن المنع يقوم حتى قرابة الدرجة الثالثة مع بلوغ الغاية أي بما فيها قرابة الدرجة الثالثة ذاتها. وقد اعتبر بعض فقهاء المسيحية أن الوقوف بالمنع - في هذه الحالة - عند الدرجة الثالثة، هو نوع من التساهل اقتضته مصلحة المسيحيين من الأقباط الأرثوذكس في القرن الثالث عشر، عندما تبين لهم أن عدد الأقباط قد بدأ في التناقص، فضلا عن خشية انتشار الفساد بسبب التقييد في نطاق الزواج، فبدأ التفكير في قدر من التساهل، تمثل في اباحة الزواج بين أقارب الدرجة الرابعة، اقتداء بما كان مقررا في القانون الروماني، وخلافاً لمذهب الكاثوليك وأتباعه.

أما عند الكاثوليك: فلم يأخذوا بالتفرقة السابقة بين من يجمعهم الأبوان ومن يجمعهم الجدان. وقد أخذ هذا المذهب بمنع الزواج بين الأقارب مطلقاً حتى الدرجة السادسة ببلوغ الغاية[1]. وقد نصت على هذا الحكم المادة ٦٦ من الإرادة الرسولية بقولها «الزواج لاغ فى الخط المنحرف حتى الوجه السادس بالتضمن، على أن يتعدد مانع الزيجة كلما تعدد الأصل الجامع». وتحتسب القرابة فى الخط المستقيم بقدر عدد الأشخاص ماعدا الأصل، وفى الخط المنحرف بعدد الوجوه (الأشخاص) فى كلا الجانبين ماعدا الأصل».

الكنيسة الانجيلية: يعدد الانجيليون القرابة المانعة حصراً على الوجه الآتى، دون تفرقة بين قرابة الدم وقرابة المصاهرة، على النحو الآتى: لا يحل للرجل أن يتزوج من: جدته لأبيه، جدته لأمه، أم زوجته، أمه، عمته، خالته، أخت زوجته، أخته، زوجة جده، زوجة أبيه، زوجة عمه، زوجة خاله، زوجة أخيه، زوجة ابن أخيه، زوجة ابن اخته، زوجة ابنه، أخت لأمه، أخت لأبيه، بنت أخيه، بنت أخته، بنت أخ زوجته، بنت بنت زوجته، بنت ابن زوجته، بنت زوجة أبيه.

ثانيا: قرابة المصاهرة:

وهى قرابة أحد الزوجين لأقارب الزوج الآخر. وهى قرابة تقررها الأديان السماوية الثلاثة، كما تقررها كثير من القوانين الوضعية «أقارب

---

(١) يلاحظ أن الأمن الأرثوذكس يلتقان بالتحريم عند الدرجة الخامسة مع بلوغ الغاية.

أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر[١].

ويعود الأصل التاريخي لتحريم قرابة المصاهرة في الزواج إلى ما ورد ابتداء في سفر الأحبار، الأصحاح الثامن عشر، من أن «عورة امرأة أبيك لا تكشف أنها عورة أبيك». عورة امرأة أخيك لا تكشف، انها عورة أخيك» عورة امرأة وبنتها لا تكشف ولا تأخذ ابنة ابنها أو ابنة بنتها، ولا تكشف عورتهما انهما قريبتاها، أنه رذيلة. ولا تأخذ امرأة على اختها للضر لتكشف عورتها معها في حياتها».

غير أن درجة القرابة المحرمة تختلف باختلاف الكنائس:

عند الأقباط الأرثوذكس:

تمنع المصاهرة زواج الرجل بأصول زوجته وفروعها، فلا يجوز له بعد وفاة زوجته أن يتزوج بأمها أو جدتها وإن علت، ولا ببنتها التي رزقت بها من زوج آخر، أو بنت بنتها وإن نزلت - كما لا يجوز الزواج بزوجات الأصول وزوجات الفروع أو بأصول هؤلاء الزوجات أو فروعهن، ولا بزوجات أعمامه وأخواله، أو زوجة والده أو جده أو أمها أو جدتها أو ابنتها أو ابنة ابنها أو بنت بنتها ولا بزوجة ابنه أو حفيده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها، أو بأخت زوجته ونسلها وبنت أخيها ونسلها أو بزوجة أخيه وأصولها وفروعها أو بعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها أو بأخت زوجة والده أو بأخت زوج

---

(١) م ٣٧ مدني مصري.

والدته أو بأخت زوجة ابنه (م ٢٠ من قواعد الأقباط الأرثوذكس) وما يحرم على الرجل يحرم على المرأة»(١).

عند الكاثوليك:

تنص المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية علي أن القرابة الأصلية تنشأ عن الزواج الصحيح وإن كان غير مكتمل». واستنادا إلى هذا المبدأ يفرق الكاثوليك بين أنواع ثلاثة من قرابة المصاهرة.

النوع الأول: هو قرابة أحد الزوجين لأقارب الزوج الآخر نسباً (أي قرابة الدم) وهنا تقوم حرمة الزواج مطلقاً أياً كانت الدرجة مع أقارب الخط المستقيم، أي أصول الزوج الآخر وإن علوا وفروعه وإن نزلوا. كما تقوم الحرمة والمنع بالنسبة لأقارب الحواشي ولكن حتي الدرجة الرابعة مع دخول الغاية. وقد أوردت المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية الحكمين السالفين الذكر بنصها على أن القرابة الأهلية (القرابة على الخط المستقيم) تبطل الزواج في جميع الوجوه «أما قرابة الحواشى فإنها تبطله حتى الدرجة الرابعة بالتضمن».

النوع الثاني: فهي قرابة المصاهرة بين أقارب كل من الزوجين

---

(١) عند السريان الأرثوذكس تأخذ قرابة المصاهرة ذات حكم درجة قرابة الدم أما عند الأرمن والروم الأرثوذكس فإن قرابة المصاهرة تحرم الزواج بأصول الزوج الآخر وإن علوا وفروعه وإن نزلوا وذلك على عمود النسب، أما قرابة الحواشى فهى مانع حتى الدرجة الرابعة مع دخول الغاية، وعند الانجيليين سبق أن عرضنا أنهم يعددون الفئات المحرمة نسبا أو مصاهرة.

نسباً وأقارب الآخر نسباً أيضاً. وفى شأنها تقرر المادة ٦٨ أن «القرابة الأهلية تنشأ أيضاً بقوة الحق الخاص بين أقرباء الرجل الدمويين وأقرباء المرأة الدمويين» وموانع الزواج فى هذه الحالة حتى الدرجة الرابعة مع دخول الغاية، وبالتالى يبطل الزواج المخالف.

النوع الثالث: فهى القرابة التى تنشأ عندما يبرم شخصان عقد مع شخص واحد على التوالى، أو إذا أبرم شخصان عقد زواج مع شخصين تربطهما قرابة دم (م ٦٨ من الإرادة الرسولية). وتسمى هذه القرابة «بالأهلية الفرعية» وفى هاتين الحالتين يحرم الزواج بين أقارب كل من الزوجين من الدرجة الأولى.

ثالثا: قرابة الرضاع:

لا تعد قرابة الرضاع مانعاً من موانع الزواج بصفة عامة عند فصائل المسيحيين، غير أن بعض طوائف الأرثوذكس فقط قد جنحت إلى اعتبارها كذلك، وهى طائفة السريان وطائفة الأرمن وطائفة الأقباط. وهو أخذ بمذهب الشريعة الإسلامية فى خصوص هذا المبدأ. فقد اعتبرت هذه الطوائف أن الأم التى أرضعت تعد أماً للصغير ويصبح زوجها بمثابة أب له، وأولادها بمثابة الأخوة، وكذلك الأخوة والأخوات والخالات والعمات. ولكى يقوم هذا المانع لابد أن يكون الطفل قد أرضع السنتين الأولين وألا تكون الرضاعة قد حدثت بصفة عرضية، أنه يجب للقول بالرضاع كمانع أن يكون الارضاع قد استمر سنتين على الأقل وأن يكون لبن المرضعة فى هذه الفترة هو الغذاء الرئيسى للطفل».

ورغم ذلك فإن قواعد الأحوال الشخصية لدى الأقباط والأرمن الأرثوذكس قد أسقطت هذا المانع من نصوصها الحديثة. أما الكاثوليك والبروتستانت (الانجيليون) فلم يعرضوا لهذا المانع أصلاً.

رابعا - القرابة الروحية:

وهى القرابة الناشئة عن طقوس سر المعمودية وهى طقوس تمارس بالنسبة للطفل لكى يصبح مسيحياً، ويتولاها شخص يسمى الاشبين فإن كان غير قريب للطفل نشأت بينهما رغم ذلك قرابة روحية، وقد عرف هذا المانع فى القانون الرومانى ثم تسرب إلى المسيحية من خلال الكنيسة البيزنطية. غير أن هذا المانع ليس مسلماً به لدى كافة الطوائف وبذات المستوي. فالسريان الأرثوذكس يعتبرونها مانعاً من الزواج بين المعتمد واشبينه وفروع الاشبين حتى الدرجة الرابعة. وعند الروم الأرثوذكس تعد هذه القرابة مانعاً بين الاشبين والمعتمد وبين الاشبين وأم المعتمد وأولادها. أما الكاثوليك «١- فيبطل الزواج بالقرابة الروحية المنصوص عليها بالبند الثانى. ٢- العماد ينشئ قرابة روحية بين الاشبين من جهة والمعتمد ووالديه من جهة أخرى» (٧٠). غير أن المادة ٧٠ أضافت أنه «إذا أعيد التعميد شرطاً فلا تحصل قرابة روحية إلا إذا قام هو نفسه بدور الاشبين فى اعادة التعميد».

خامسا- القرابة القانونية (التبنى):

القرابة القانونية هى تلك التى تقوم بين المتبنى والمتبنى. ونظام

التبنى يقيم مانعاً من الزواج عند بعض طوائف الأرثوذكس، وعند الكاثوليك.

- فعند السريان الأرثوذكس يكون التبنى مانعاً بشرط أن يصاحبه رضاع. ويبدو أن المانع حقيقة هو الرضاع لا التبنى فى ذاته.

وعند الأقباط الأرثوذكس (١) لا يجوز الزواج بين المتبنى والمتبنى وفروع هذا الأخير (٢) ولا يجوز الزواج بين المتبنى وأولاد المتبنى الذين رزق بهم بعد التبنى (٣) لا يجوز الزواج بين الأولاد الذين تبناهم شخص واحد (٤) لا يجوز الزواج بين المتبنى وزوج المتبنى وبين المتبنى وزوج المتبنى (م ٢٢ من مجموعة الأقباط).

- وعند الكاثوليك نصت المادة ٧١ من الإرادة الرسولية على أن «الذين يعدون غير قابلين بقوة الشرع المدنى لعقد الزواج بينهم بسبب الوصاية أو القرابة الشرعية الناشئة عن التبنى، لا يستطيعون بقوة الشرع القانونى أن يعقدوا زواجاً صحيحاً فيما بينهم».

المطلب الثانى

العجـز الجنســى

من الطبيعى أن يكون من أهداف الزواج اشباع الرغبة الجنسية، فضلا عن أن هذا الاشباع يرتبط بالرغبة فى الانجاب والقدرة عليه، ولهذا السبب تعتبر أغلبية الشرائع المسيحية أن العجز الجنسى مانع من موانع الزواج. والعجز الجنسى كما يصيب الرجل يصيب المرأة. ومن أمثلته عند الرجل استئصال عضو التناسل، أو ارتخائه على نحو مانع من الاتصال الصحيح ولو جزئياً، وقد يكون هذا الارتخاء نتيجة لاختلاف فى الغدد أو نتيجة لتشوه خلقى طارئ أو وراثى، وقد ينتج العجز عن الخصاء.

وعند النساء قد يتمثل العجز فى انسداد فتحة العضو التناسلى، وقد يكون بسبب وجود عظام زائدة تمنع من الاتصال كلية، كما قد يتمثل فى ضيق فتحة الرحم بما يمنع الاتصال على أى نحو كان.

والعجز الجنسى كما قد يكون عضوياً، كما فى الحالات السابقة، قد يكون نفسياً، وتتمثل هذه الحالة الأخيرة فى حالة تعترى الشخص فتمنعه من الاتصال مطلقاً بأية امرأة ويسمى العجز المطلق، وقد يكون نسبياً يمتنع الاتصال بامرأة بذاتها .

وأخيراً قد يكون العجز دائماً لا يرجى شفاؤه، وقد يكون مؤقتاً يزول بالعلاج النفسى أو العضوى.

- وبالنسبة لموقف شرائع المسيحيين من العجز الجنسى، كمانع من موانع الزواج، يلاحظ أن المادة ٥٨ من الإرادة الرسولية للكاثوليك قد نصت على اعتبار العجز الجنسى موجباً للبطلان «العجز الجنسى سواء كان من طرف الرجل أو من طرف المرأة وسواء كان الآخر عارفاً به أم لا، ومطلقاً كان هذا العجز أو نسبياً، يبطل الزواج بحكم الحق الطبيعي نفسه». ويعتبر هذا الحكم، عند الكاثوليك ضرورة فى ضوء أن مذهبهم لا يعرف الطلاق، فكان لابد من تقرير بطلان الزواج إذا كان أحد الزوجين عاجزاً جنسياً.

- أما عند المذهب الأرثوذكسى فإن جميع طوائفه - فيما عدا طائفة الروم[1] - تعتبر العجز الجنسى مانعاً من موانع الزواج، ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة ٢٦ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس من أنه «لا يجوز الزواج أيضاً فى الأحوال الآتية: إذا كان لدى أحد طالبى الزواج مانع لا يرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسى كالعنة والخنوثة والخصاء». أما عقم والمرأة فلا يجعل الزواج باطلا».

- وقد اتجه البروتستانت ذات الاتجاه حيث نصت المادة الثامنة من قواعدهم على أن «لا يكون الزواج صحيحاً إلا إذا عقد بين ذكر وأنثى

---

(١) يعتبر الروم أن العجز الجنسى سبب للتطليق وليس مانعاً من موانع الزواج حتى ولو ثبت توافره قبل ابرام عقد الزواج، ويستحسن الأستاذ الدكتور أحمد سلامة هذا الموقف على أساس أن آثار التطليق أخف بكثير من تقرير بطلان الزواج (الوسيط فى الأحوال الشخصية، ١٩٦٨، رقم ١٧٨).

كاملى الأعضاء والقوة تؤهلهما للزواج الفعلى».

شروط العجز الجنسى المبطل للزواج:

ترتبط شروط العجز الجنسى بالمفهوم الذى يعتمد عليه هذا المانع من أنه يحول دون تحقيق الزواج لغاياته على نحو كامل، لا يرجى منه شفاء، وأن يكون قائماً عند ابرام عقد الزواج:

١ - **أن يكون العجز الجنسى جسيماً**: ومفاد هذا الشرط أن يكون العجز قد بلغ حداً من الجسامة لا تستقيم معه المعاشرة الجنسية تماما. فإذا كان العجز محدوداً، ويمكن معه اشباع رغبة الطرف الآخر، ولو جزئياً، أو باللقاء المتكرر، فإن شرط الجسامة يتخلف، ولا يقوم المانع المبطل للزواج. فصغر حجم القضيب لا يعد بذاته عجزاً جسيماً طالما توافرت فرصة لاشباع رغبة الزوجة عن طريق تكرار الاتصال، كما أن ضخامة حجمه أيضاً لا تعد عجزاً جسيماً طالما كان الايلاج ممكناً ولو بصفة جزئية.

اثبات العجز الجنسى:

ينقسم العجز الجنسى كما سبقت الاشارة إلى عجز عضوى وعجز نفسى. وأمر الأول سهل الاثبات عن طريق الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء الذين يمكنهم - بعد الفحص - الجزم بوجود العنة العضوية أو الجب أو الخنوثة، إلى غير ذلك مما له مظاهر مادية وعضوية ملموسة.

غير أن الصعوبة تبدو في حالة العنة النفسية، حيث لا تكون لها

مظاهر عضوية ملموسة يمكن الجزم بها . ولذلك فإن أمر اثباتها لا يكون إلا عن طريق القرائن التى يخضع استخلاصها واستخلاص مغزاها لحكم القضاء. ونقطة البدء، بطبيعة الحال، هى الالتزام بالأصل العام فى نظام الاثبات عموماً، وهو أن الأصل في الإنسان الصحة والسلامة البدنية والنفسية. وأن على من يدعى خلاف ذلك أن يقيم الدليل بكافة الطرق المتاحة، ومنها ، فى هذا المقام، القرائن، كما سبق القول. ومن القواعد المنطقية التى أقرتها الشريعة الإسلامية - والتى يمكن الاستعانة بها مبدئيا فى هذا النطاق - قاعدة أن الزوجة إذا ادعت عنة زوجها ، وكانت بكراً، فالقول قولها ويقضى بالاستجابة لطلبها بالتفريق. أما إذا كانت ثيباً فالقول قوله مع حلفه اليمين.

ويعود اشتراط الجسامة إلى الرغبة في الابقاء على رابطة الزوجية بقدر الامكان، والبعد بها عن أسباب الانهيار المتعجل أو الذى لا يعتمد على سبب كاف.

٢ - أن يكون العجز الجنسى سابقاً على الزواج:

وهذا الشرط يعد نتيجة منطقية لفكرة المانع ولجزاء البطلان. فالبطلان لا يقوم فى النظرية العامة للقانون إلا لأسباب معاصرة لانعقاد العقد. أما الأسباب التى تطرأ بعد هذه المرحلة فلا أثر لها على صحة العقد، وإن كانت قد تعد سبباً من أسباب التطليق. فإذا طرأ العجز الجنسى بعد التعاقد، وأثناء الحياة الجنسية، جاز عند بعض الطوائف أن يكون سبباً للتطليق.

٣ - أن يكون العجز دائما:

ومعنى ذلك ألا يرجى الشفاء من هذا العجز الجنسى، فإذا كان الشفاء ممكناً فإن على المتضرر أن يصبر على الطرف الآخر المدة المعقولة الكافية للشفاء، ومن قبيل العجز الذي يتعين الصبر عليه السرعة الفائقة فى القذف لدى الرجل، فهى أمر يمكن تفاديه بالمثابرة والعلاج. والأمر على أية حال خاضع لتقدير القاضي الذي قد يستعين بأهل الخبرة من الأطباء والمتخصصين لبيان الحالة ومداها. وتعتبر مدة السنة مدة كافية لاختبار مدى قابلية العجز للشفاء، وإن كان هذه المدة ليست مدة الزامية للقاضى.

ونعرض فيما يلى لبعض قواعد الاثبات المستفادة من الأحكام القضائية الصادرة فى موضوع اثبات العجز الجنسى:

١ - أن بقاء بكارة الزوجة يعد قرينة على العنة ولكنها ليست قرينة قاطعة، إذ قد يكون ذلك راجعاً إلى امتناعها عن تسليم نفسها لزوجها. ومن هذا ما قضى به من أنه إذا تبين من تقرير الطبيب الشرعى أن المدعية بكر، فإن بكارتها قرينة علي عنة زوجها، السابقة على الزواج، ولم يقل الزوج بأن زوجته ممتنعة عن معاشرته معاشرة الأزواج ومن ثم يكون زواجه بها باطلا (القاهرة الابتدائية ١٩٦٤/١١/١٥) وأن ثبوت احتفاظ المدعية ببكارتها مع امتناع المدعي عليه عن التوجه إلي الطبيب المنتدب لتوقيع الكشف عليه رغم طلبه للحضور دليل على صحة ما نسبته الزوجة خاصة وقد مضى على الزواج أكثر من عامين لم

يتصل الزوج بزوجته الاتصال الجنسى الطبيعى (القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١٢/٢٩).

ولكن، وعلى العكس مما سبق، فأن زوال غشاء البكارة لا يعد بذاته دليلا على انتفاء العجز، فقد يكون السبب أن الزوج أزاله بغير الطريق الطبيعى، وقد يرجع سبب اختفائه إلى حادثة أو عملية جراحية.

٢ - انتفاء الحمل لا يعد دليلا على العجز الجنسى[(١)] فربما يعود السبب إلى عقم الزوج أو عقم الزوجة. كما أن وجود الحمل لا يعد دليلا على القدرة الجنسية بشكل قاطع، إذ من المعروف أن المجبوب (من قطع جهازه التناسلى) وكذلك العنين، قد يمنى فى فرج زوجته فيحدث الحمل دون اتصال جنسى بالمعنى الصحيح.

٣ - أن التقرير الطبى الذى يقرر مجرد احتمال وجود العجز الجنسى لا يلزم المحكمة بالانتهاء إلى ذات النتيجة، إذا وجدت فى أوراق

---

(١) وقد قضى فى هذا المعنى بأنه إذا كان عدم انجاب النسل قد استمر سبع سنين فلا يمكن أن تكون العنة المؤقتة هى السبب فيه. وليس فى الأوراق ما يدل على أن الزوج قد تناقض فى أقواله بين ما قرره فى الجلسة وبين ما قرره أمام الطبيب الشرعى، وذلك لأنه ثابت من المناقشة التى جرت أمام المحكمة بتلك الجلسة أن الزوج إذ قرر أنه كان يمتنع عن زوجته شهرا أو اثنين فإنه علل ذلك بأنه كان يمتنع لاصابتها بالنزيف، وإذا كان قد قرر أمام الطبيب الشرعى أنه كان يأتيها مرتين أو ثلاثة كل يوم فإنه قد قال ان هذا فى بدء الزواج ثم عاد إلى الحالة الطبيعية من القيام بالعملية الجنسية مرتين فى الأسبوع، فلا تناقض بين أقواله فى محضر الجلسة وبين أقواله أمام الطبيب الشرعى» استئناف القاهرة فى ١٩٥٨/٦/٢٥.

الدعوى من القرائن ما يفيد العكس. وفى هذا المعنى قضى بأن ما أشار إليه الطبيب الشرعى من احتمال اصابة أى شخص بعنة نفسية والتى لا يجزم بوجودها عند الزواج، فإن الأوراق خالية من أى دليل على جدية هذا الافتراض عند الزواج، خاصة ما ذكرته المدعية بمحضر المناقشة من أن المدعى قد فض بكارتها.

المطلب الثالث

ثالثا: الارتباط بزوجية قائمة

آلت الشريعة المسيحية إلى اعتناق مبدأ الزوجة الواحدة، حتى أن البعض يطلق على المسيحية اسم «شريعة الزوجة الواحدة»[1]، باعتبار أن هذا المبدأ أصبح سمة من سمات المسيحية المميزة لها. وقد استند هذا المبدأ إلي تفسير لأقوال دينية منها فكرة «الجسد الواحد»، وفكرة تشبيه علاقة الرجل بامرأته بعلاقة السيد المسيح عليه السلام بالكنيسة. وأن مثل هذه الأحاديث تحول دون قبول مبدأ تعدد الزوجات.

ويترتب على ذلك امتناع ابرام أى زواج بالنسبة لرجل مازالت

---

(١) راجع فى هذا الخصوص كتاب لقداسة الأنبا شنوده يحمل هذا العنوان «شريعة الزوجة الواحدة» حيث يعرض قداسته للأسانيد التى تدعم نظرية المسيحية فى منع التعدد. وقارب مناقشة هذه الأسانيد الأستاذ الدكتور عبد الناصر العطار فى كتابه عن تعدد الزوجات، طبعة مجمع البحوث الاسلامية، ١٩٧٢، ص ٨٣ ومابعدها. ومما يشير إليه من أن مؤسس المذهب البروتستانتى «مارتن لوثر» لم يكن يرى فى التعدد مخالفة للشريعة المسيحية.

علاقته بالزوجية الأولى قائمة شرعاً وقانوناً. ويكفي لقيام هذا المانع أن يكون هناك زواج صحيح، حتي ولو لم يعقبه دخول فعلي.

ويقوم هذا المانع لدى جميع المسيحيين بجميع طوائفهم، بل ان بعض المسيحيين يذهب إلى امتناع الزواج حال قيام الخطبة، وهذا هو الشأن عند السريان الأرثوذكس إذ يحظرون على الخاطب أن يتزوج بغير خطيبته مادامت الخطبة قائمة ولم تفسخ. كما يذهب البعض الآخر إلى منع الزواج المتعاقب لعدد مرات معينة، فالروم الأرثوذكس يحرمون على الرجل والمرأة الزواج إذا كان قد سبق لأى منهما الزواج ثلاث مرات (م٣/ب من لائحة الروم الأرثوذكس).

ومن النصوص التى نصت على حظر التعدد نسوق نص المادة ٢٤ من لائحة الأقباط الأرثوذكس، «لا يجوز لأحد الزوجين أن يتخذ زوجاً ثانياً مادام الزواج قائماً» (أيضا المادة الخامسة من كل من لائحتى الأرمن والروم الأرثوذكس). كما نصت المادة السادسة من لائحة الانجيليين على تعريف الزواج بأنه «اقتران رجل واحد بامرأة واحدة». ونصت المادة ٥٩ من الإرادة الرسولية للكاثوليك على أن «من كان مقيداً بوثاق زواج سابق ولو غير مكتمل يحاول باطلا عقد الزواج...».

وينبنى على المبدأ السابق عدم جواز التعدد عند المسيحيين اطلاقاً على جميع مذاهبهم. وقد حسمت محكمة النقض المصرية هذه المسألة بصدد ما أثير حول مدى حق المسيحى فى التعدد إذا كانت الشريعة الإسلامية هى الواجبة التطبيق عليه؟ وقد انتهت المحكمة إلى أن هذا

المبدأ (مبدأ الزوجة الواحدة) وإن ولم يرق إلى مرتبة النظام العام، يعتبر من القواعد الأصلية فى المسيحية على اختلاف مللها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام... بحيث يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزيجة الأولى باطلا ولو رضى به الزوجان، ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه(١).

وعلى هذا النحو فإن المسيحى لا يجوز له أن يعقد زواجاً ثانياً إلا إذا انحل الزواج الأول بموت الطرف الآخر، أو حكم بالتطليق. وفى حالة الحكم بالتطليق لابد أن يكون الحكم قد صار نهائياً. ويطبق ذات الحكم فى حالة الادعاء ببطلان الزواج الأول، إذ يتعين أن يصدر حكم نهائى ببطلان الزواج، دفعاً لكل شبهة، ومنعاً للآثار السيئة من أن يتصرف الأفراد من تلقاء أنفسهم بزعم أن العقد باطل، على نحو قد يثبت عدم صحته بعد ذلك أمام القضا.(١).

ويثور الأمر فى حالة المفقود، وهل يخضع للقواعد الموحدة فى شأن اعتباره ميتاً، أم يخضع أمره للشرائع الخاصة؟

---

(١) نقض ١٩٨٦/٢/٢٢ طعن رقم ٦٢ س ٥٤ ق، و١٩٧٩/١/١٧ طعن رقم ١٦ س ٤٨ ق.

(٢) قارن: أحمد سلامة، السابق، حيث يرى أن الحكم بالبطلان مقرر وليس منشئاً لذلك يرى جواز عقد الزواج الثانى ولو لم يكن هناك حكم. ومن جانبنا لا نوافق على هذا الرأى للأسباب المذكورة فى المتن. راجع محمد شكرى سرور، نظام الزواج فى الشرائع اليهودية والمسيحية، ١٩٧٩، ص ١٨٣.

نعتقد أن إجراءات اعتبار المفقود ميتاً بعد مضي المدة القانونية هي من المسائل التي تتوحد فيها القواعد بالنسبة لجميع المصريين. وبالتالي تخضع لأحكام القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩١: فإذا فقد الشخص في ظروف يغلب عليها الهلاك حكم القضاء باعتباره ميتا بعد مضى أربع سنوات من فقده. ويعتبر المفقود ميتا بعد مضي سنة من تاريخ فقده إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات العسكرية ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع حسب الأحوال قراراً بعد التحرى واستظهار القرائن بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى حكم الفقرة الأخيرة. وتترتب عليه الآثار المترتبة على حكم القضاء من تاريخ نشره.

– وإذا فقد الشخص فى ظروف لا يغلب عليها الهلاك حكم القضاء باعتباره ميتاً، بعد التحرى عن حياته من مماته، وبعد مضى المدة التى يقدر القاضى كفايتها، على ألا تقل فى جميع الأحوال عن أربع سنوات.

– وبتطبيق القواعد السابقة يعتبر المفقود ميتاً، بصدور الحكم أو القرار المشار إليه. وتلتزم الزوجة بعدة الوفاة، حتى يمكنها بعد قضائها أن تعقد زواجاً لاحقاً.

– وأخيراً فإن شريعة الكاثوليك تسمح بزواج تال رغم وجود زواج قائم بالفعل، فى حالة محددة، تندرج تحت ما يسمى «امتياز الايمان».

ومؤدى هذه الحالة أن يكون المسيحى متزوجاً من امرأة من غير ديانته، أى لا تدين بالمسيحية، وفى هذه الحالة يجوز له أن يعقد زواجاً ثانياً ولكن على زوجة مسيحية، وبابرام هذا الزواج اللاحق ينحل الزواج الأول تلقائيا. وامتياز الايمان هو بالتالى نوع من احلال الزوجة المسيحية محل الزوجة الأولى غير المسيحية، بمقتضى عقد الزواج الثانى. وبالتالى لا تبقى على ذمة الزوج سوى زوجة واحدة.

المطلب الرابع

العـــــدة

العدة، وفق تعريف الفقهاء، هى أجل يضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح، فإذا حصلت الفرقة بين الرجل وأهله، فإن عرى الزوجية لا تنفصم من جميع الوجوه بمجرد الفرقة، بل يتعين على المرأة أن تتربص ولا تتزوج غيره حتى تنتهى المدة التى قدرها الشرع. ويساند وجوب العدة اعتباران[1]. الأول معنوى، مفاده احترام الزواج السابق عموماً، والحداد فى حالة الوفاة، فالحرة الكريمة لا يصح أن تتزوج فور طلاقها أو فور وفاة زوجها الأول. أما الاعتبار الثانى، فهو التأكد من براءة الرحم، حيث يتعين أن تمضى المدة الكافية للاستيثاق من الخلو من الحمل من الزواج السابق، وحتى لا تختلط الأنساب.

---

(١) يضاف إلى هذين الاعتبارين، اعتبار ثالث يقوم فى الشريعة الإسلامية حيث أن الأصل فى الطلاق أن يكون رجعياً، ومدة العدة تكون بالتالى مدة تدبر وتمهل لعل المياه تعود إلى مجاريها.

والاعتباران السابقان هما من الاعتبارات الإنسانية العامة لا فرق في شأنها بكون الإنسان مسلماً أو غير مسلم. لذلك اعتبرت العدة من مسائل النظام العام، تطبق مدتها على الكافة، سواء من عرفت شريعتهم نظام العدة أم من جهل بها[1].

وباستعراض الشرائع المسيحية لدى طوائفهم، يلاحظ أن هناك طوائف لم تتعرض لمسألة العدة أصلا. فالبروتستانت لم يعرضوا لهذه المسألة رغم اجازتهم للطلاق في حالتي الزنا وتغيير الدين، ورغم حالات قرروها لبطلان الزواج، ورغم أن الزواج ينقض بطبيعة الحال بوفاة الزوج. كذلك الحال بالنسبة للكاثوليك، فهم لا يعرفون الطلاق ولكن الزواج ينتهي بالوفاة أو بالحكم بالبطلان أو بما يسمى امتياز الايمان، وبالتالي كان يعين التعرض للعدة.

والحل في حالات عدم النص على العدة هو تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لتعلق الأمر بالنظام العام. وتطبق أحكام هذه الشريعة وفق ما تأخذ به من عدة المتوفى عنها زوجها. وعدة المطلقة، ويلحق بها حالة البطلان. ومع ذلك فإن طائفة من طوائف الكاثوليك وهي طائفة الأقباط قد عرضت في قواعدها (م ١٦) لعدة الوفاة وحددتها بعشرة شهور ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة. ويمكن اعتبار ذلك قاعدة عامة للعدة في جميع حالات التفريق، سواء بالتطليق أو للبطلان.

---

(١) شفيق شحاته، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، ١٩٦٢، جـ ٦، ص ١٥ و١٦.

وعلى خلاف ذلك نظمت العدة كثير من طوائف الأرثوذكس، وأول هذه الطوائف، طائفة الأقباط حيث نصت المادة ٢٥ من لائحتهم على أنه «للمرأة التى مات عنها زوجها أو فسخ زواجها ألا تعقد زواجاً ثانياً إلا بعد انقضاء عشرة شهور ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة أو الفسخ. وينقضى هذا الميعاد إذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها أو بعد فسخ عقد الزواج. ويجوز للمجلس الملى أن يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له بصفة قاطعة من ظروف الأحوال أن الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور». وواضح أن مدة العدة واحدة فى جميع الأحوال سواء استوجبتها حالة الوفاة أو حالة «فسخ»[1] الزواج لأى سبب وانها فى حالة الحمل تنقضى بالولادة، ويجوز خفض المدة، فى غير حالة الحمل، إذا ثبت أن الزوج لم يعاشر زوجته منذ عشرة أشهر سابقة على التفريق.

- أما عند الروم الأرثوذكس فتنقضى العدة بالولادة فى حالة الحمل، وفى غيرها تنقضى العدة بمضى عشرة شهور ميلادية كاملة. ولم تتعرض نصوصهم لامكانية الانقاص. فالمدة ثابتة باعتبارها حداً أدنى فى جميع الحالات. وتنقضى العدة بداهة فى حالة الحمل بأن تضع الأم مولودها.

- أما السريان الأرثوذكس فقد نصت المادة ١٢/ سابعا من لائحتهم على أن عدة المرأة عشرة شهور ميلادية كاملة فى حالة الوفاة.

---

(١) المقصود «بالفسخ» هنا هو انتهاء الزواج سواء بالتطليق أو بالبطلان.

بل ويعتد الرجل أيضاً بأن ينتظر أربعين يوما على الأقل من وفاة زوجته حتى يستطيع أن يعقد زواجا تاليا. ولكنهم لم ينظموا عدة الطلاق أو البطلان، وبالتالي يتعين أن تطبق في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية.

- أما عند الأرمن الأرثوذكس فإن المادة ١٢ من لائحتهم لا تجيز للزوجة عقد زواج تال قبل مضى ٣٠٠ يوم من تاريخ فسخ الزواج بالطلاق أو البطلان أو الوفاة. ويجوز انقاص المدة إذا وضعت الحامل مولودها، أو ثبت في حالة الفسخ أو لأسباب أخرى استحالة حصول اتصال زوجي طال هذه المدة لغياب الزوج مثلا.

المطلب الخامس

اختلاف الدين والملة

تنقسم شرائع المسيحيين في شأن اختلاف الدين والملة كمانع من الزواج إلى فريقين:

الفريق الأول هم البروتستانت، ومذهبهم لا يجعل من اختلاف الدين مانعا من موانع الزواج، وإن كانت المادة ٢/١٨ من لائحتهم تجيز لأحد الزوجين أن يطلب التطليق إذا خرج الزوج الآخر عن الديانة المسيحية. فاختلاف الدين ليس مانعاً من الزواج، ولكن تغير الدين سبب للتطليق.

أما في شرائع الكاثوليك والارثوذكس فإن اختلاف الدين قد أصبح مانعاً من موانع الزواج. غير أن هذا المانع لم يستقر إلا اعتباراً من القرن الثامن عشر. ففي عهد المتقدمين من رجال الكنيسة كان الأمر مأرجحاً

بين قولين منسوبين لبولس الرسول. ويذهب القول الأول إلى «لا تكونوا تحت نير مع غير المؤمنين، لأن أى خلطة للبر والاثم. وأى خلطة للنور مع الظلمة»(١). وهذه الصياغة تمنع زواج المسيحى بغير المسيحى.

أما القول الثانى فهو «أما الباقون فأقول لهم أنا لا الرب إن كان أخ له امرأة غير مؤمنة وهى ترضى أن تسكن معه فلا يتركها. والمرأة التى لها رجل غير مؤمن وهو يرتضى أن يسكن معها فلا تتركه. لأن الرجل غير المؤمن مقدس فى المرأة المؤمنة. والمرأة غير المؤمنة مقدسة فى الرجل المؤمن. وإلا فأولادكم نجسون. وأما الآن فهم مقدسون، ولكن ان فارق غير المؤمن فليفارق ليس الأخ أو الأخت مستبعداً فى مثل هذه الأحوال. ولكن الله قد دعانا إلى السلام»(٢).

وهذه الصيغة الثانية تضع الأمر فى صورة اختيارية، ولا تفيد تحريم الزواج من غير المسيحيين.

- إلا أن الأمر انتهى فى القرن الثامن عشر إلى ترجيح المنع استناداً إلى تفسيرات خاصة لمفهوم الزواج: فهذه الرابطة تعد أحد الأسرار الكنسية المقدسة، مما لا يستقيم معه أن يكون أحد الزوجين غير مسيحى وغير معمد، فضلا عن أن فكرة الجسد الواحد القائمة على المودة

---

(١) رسالة بولس الثانية إلى أهل كورنثس، الأصحاح ٦ العددان ١٤ و١٥.
(٢) رسالة بولس الأولى إلى أهل كورنثس، الأصحاح ٧، الأعداد من ١٢ - ١٦.

لا تتفق أن يعيش المسيحى، المؤمن برسالة المسيح، مع آخر يعيش فى ضلالة وفق التصور المسيحى.

– لذلك جاءت المادة الخمسون من الإرادة الرسولية للكاثوليك لتنص على أن «تنهى الكنيسة فى كل مكان أشد النهى عن عقد زواج بين شخصين معتمدين، الواحد كاثوليكى والآخر منتم إلى بدعة هرطوقية أو مشاقه. وإذا كان على الفريق الكاثوليكى أو على الأولاد خطر ضلال من جراء ذلك فالزواج محرم بمقتضى الشريعة الالهية ذاتها». ونصت المادة ٥١ من الإرادة الرسولية على أن «١ – لا تفسخ الكنيسة من مانع اختلاف[1] المذهب ما لم تستوف الشروط الآتية: «(أ) أن تخرج إلى ذلك أسباب عادلة (ب) أن يؤدى الزوج غير الكاثوليكى ضماناً بدفع خطر الضلال عن الزوج الكاثوليكى وأن يؤدى كلا الزوجين معاً ضماناً بتعميد جميع الأولاد وتربيتهم تربية كاثوليكية لا غير. (جـ) أن يوقن من اتمام الضمانات يقيناً أدبياً.

«٢ – يجب عادة أن تقتضى هذه الضمانات كتابة» كما نصت المادة ٦٠ من الإرادة الرسولية على أن «الزواج المعقود بين شخص معتمد وشخص غير معتمد باطل».

– أما عند الأرثوذكس فقد نصت المادة ٢٣ من لائحة الأقباط على أنه لا يجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الأرثوذكسية إلا بين

---

(١) إى اختلاف الملة.

مسيحيين أرثوذكسيين. ونصت المادة ١٠ من قواعد الأرمن الأثوذكس على أن «يشترط لعقد الزواج أن يكون العاقدان مسيحيين كذلك يشترط أن يكونا تابعين لمذهب الأرمن الأرثوذكس. وعلى كل حال فإن الاحتفال بالزواج في الكنيسة الأرمنية الأرثوذكسية يعد قبولا من المتعاقدين لمذهبها». أما عند الروم الأرثوذكس فقد نصت المادة ٢ من لائحتهم على أن «يعتبر باطلا الزواج من غير المسيحيين» وتضيف المادة الخامسة بأنه «يصرح بزواج الأرثوذكس بمسيحي من غير مذهبه عندما يأخذ الطرف غير الأرثوذكس عهدا على نفسه كتابيا: (١) أن يقوم بمراسم زواجه كاهن أرثوذكسي (٢) أن يصير تعميد وتعليم أولاده حسب المذهب الأرثوذكسي (٣) أن الاختصاص القضائي يكون للكنيسة الأرثوذكسية في حالة وقوع نزاع بين الزوجين[١].

- وحاصل ما سبق أن أقصى ما تفيده هذه النصوص هو عدم اتمام إجراءات الزواج بين مختلفي المذاهب[٢]. ولكنها جميعاً تثبت أن اختلاف الدين مانع من الزواج أصلا.

---

(١) يلاحظ أن منع الزواج من غير المذهب لم يكن قائما عند الكنيسة الأرثوذكسية في عهودها القديمة فابن العسال يقرر في مجموعة الصفرى «وللرجل المؤمن أن يتزوج غير المؤمنات بشرط دخول الزوجية في الايمان» أما النساء المؤمنات فلا يتزوجن بالرجال الخارجين على الإيمان.

(٢) مع ملاحظة فرض لا يجوز فيه الزواج وهو زواج المسلمة بغير المسلم. ففي هذه الحالة يفرق القاضي بين الزوجين ما لم يعلن الزوج إسلامه.

- أثر تطبيق الشريعة الإسلامية على الأحكام السابقة:

يلاحظ أن جزاء مخالفة القواعد السابقة تصبح معطلة بحكم تطبيق الشريعة الإسلامية. فهذه الشريعة هى الواجبة التطبيق على كل زوجين مختلفين فى الدين أو فى المذهب أو فى الطائفة. وبالتالى فإن الأمر لا يخرج عن فرض يتم الزواج فيه بين من ينتمى إلى الديانة المسيحية ومن ينتمى إلى الديانة اليهودية، أو فرض يتم فيه الزواج بين مسيحيين مختلفى الملة أو الطائفة، أو بين مسيحية ومسلم. وفى جميع هذه الحالات يقع الزواج صحيحاً وفقاً للشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق، ولا يجوز بالتالى للقضاء الحكم ببطلانه استناداً إلى الشرائع الخاصة[1].

---

(١) مع ملاحظة فرض لا يجوز فيه الزواج وهو زواج المسلمة بغير المسلم، ففى هذه الحالة يفرق القاضى بين الزوجين ما لم يعلن الزوج اسلامه.

المطلب السادس

الكهنوت والرهبنة

الكهنوت:

يطلق تعبير الكهنوت على رجال الكنيسة الذين يتولون أمورها، وهم رجال دين يختارون بمواصفات خاصة. ومن هذه المواصفات - عند البعض - ألا يكون رجل الدين متزوجاً، وذلك انسياقاً خلف ما جاء في الكتاب المقدس «لأن الذي لا زوجة له يهتم بأمر ربه ان كيف يرضى الرب، والذى له زوجة يهتم بأمر الدنيا ان كيف يرضى زوجته».

- وتأثراً بهذا المذهب حرمت الكنيسة الكاثوليكية زواج أصحاب الرتب الكهنوتية الكبرى وهم الأساقفة والقساوسة والشمامسة. كما أنها تحرم عليهم ممارسة حقوق الزوجية التى أبرموها قبل توليهم لرتبهم: «(- باطل الزواج الذى يحاول عقده الاكليريكيون ذوو الدرجات الكبرى ٢- وتطلق على درجة الشماس الرسائلى عين القوة التى للدرجات الكبرى فى ابطال الزواج». م ٦٢ من الإرادة الرسولية.

وقد اقتدى بهذا المذهب الكاثوليكى طوائف الروم والأرمن من الأرثوذكس.

- أما الأقباط الأرثوذكس فهم يشترطون عدم الزواج على الرتب الكهنوتية التي تعلو رتبتى القسيس والقمص. ولا تختار هذه الفئة إلا من الرهبان وتحرم عليهم الزواج. ولكن يلاحظ أن من يخالف هذا المنع لا يقع زواجه باطلا، بل تسقط عنه صفته الكهنوتية.

الرهبنة[1]:

الرهبنة ليست وظيفة من وظائف الكنيسة، ولكنها مجرد أسلوب حياة يختاره الشخص بإرادته ويقتضى أن يمتنع عن الزواج معتزلا العالم فى أحد الأديرة، على نحو يدع فيه نفسه ملكاً للكنيسة، مكرساً حياته لخدمتها.

وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذا النظام فى مصر، «وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان على اختلاف درجاتهم ببعض المزايا، فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية.. والتصريح بأن يكون للرهبان نظام خاص يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له، ومن هذه الأحكام أن ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لخدمتها. فالراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً من كل مال، يتقف ويربى وفقا لأحكام الدين على حساب الدين، وهو راضى بالنظام الكنسى القاضى بأن كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئاً بل يكون ملكاً للكنيسة[2].

- وقد أخذت الكنيسة الكاثوليكية بنظام الرهبنة مع التفرقة بين نوعين من نذر الرهبنة: النذر البسيط والنذر الاحتفالى. وفى الحالة

---

(١) نشأ هذا النظام أول ما نشأ فى مصر، فى القرن الثالث عشر الميلادى فكان أول من نادى به القديس انطونيوس، ومن مصر انتقل هذا النظام إلى العالم المسيحى وخاصة أوروبا حيث أنشئ أول دير فى ايطاليا سنة ٥٠٠ ميلادية.

(٢) نقض ١٤ مايو ١٩٤٢، مجموعة عمر جزء ٣ قاعدة ١٥٥، ص ٤٣١.

الأولى، النذر البسيط، يلزم الشخص نفسه بحياة البتولية دون أن يعلن ذلك فى الكنيسة ولا يترتب على الاخلال بهذا النوع بطلان الزواج، بل مجرد كراهيته، أما النذر الاحتفالى، ففيه يقطع الشخص عهداً على نفسه أمام الكنيسة ووفقاً للمراسم الدينية. وفى هذه الحالة تكون الرهبنة مانعاً من الزواج، تؤدى إلى بطلانه (م ٤٨ و م٦٣ من الإرادة الرسولية)(١).

- أما عند الأرثوذكس، فإن كنائسها لا تعرف سوى النذر الاحتفالى، والبعض يرتبون عليه بطلان الزواج، والبعض الآخر يكتفون فى حالة الزواج بالطرد من سلك الرهبنة.

- فالروم الأرثوذكس يعتبرون الرهبنة مانعاً من موانع الزواج تبطله.

- أما الأقباط الأرثوذكس فلم يرد فى نصوصهم ما يعتبر الرهبنة مانعاً من موانع الزواج، وهو ما يتفق مع قول بعض رجال الدين عندهم من أن زواج الراهب مكروه (الأنبا كيرلس بن لقلق)(٢).

- ويبقى أخيراً مذهب البروتستانت الذى لا يعرف نظام الرهبنة. فقد جاء هذا المذهب ثائراً على كثير من أوضاع المسيحية فى القرون

---

(١) يلاحظ ما يراه بعض الكاثوليك من النذر الاحتفالى لا يكون مبطلا للزواج إلا بالنسبة لمن يدخلون الدير وينخرطون فى سلك الرهبنة فعلا.

(٢) عكس ذلك رأى لابن العسال «ان الزيجة بعد نذر البتولية قبيحة وأن مفارقتها فى هذه الحالة يكون حكمه حكم من تزوج بامرأتين». وهو ما يعنى البطلان.

الوسطى، ومنها الثورة على نظام الرهبنة والدعوة إلى نبذه (القرن السادس عشر) . وقد نادى رائد هذا المذهب «مارتن لوثر» بأن الزواج أنفع للإنسانية من حياة العزوبية وسارع بأن تزوج هو نفسه، كقدوة لرجال الدين الآخرين.

الفصل الثانى

بطلان عقد الزواج

تقوم نظرية البطلان فى القانون المدنى على مفهوم أساسى وهو أنه إذا حكم بإبطال العقد القابل للإبطال أو كشف القاضى عن حالة بطلان مطلق، فإن العقد يضحى معدوماً وكأنه لم يوجد فى أى وقت من الأوقات. ومفاد ذلك أن للبطلان أثراً رجعياً. وفى المسائل المالية يترتب على البطلان وجوب رد الحال إلى ما كانت عليه عند التعاقد إذا كان العقد قد نفذ كله أو فى جزء منه، وكان ذلك ممكناً. فإن استحالت اعادة الحال انتقل الأمر إلى البحث فى نطاق التعويض.

وإذا طبق منطق البطلان بأثره الرجعى على عقد الزواج فإن نتيجة ذلك هى اعتبار أن هذا العقد لم يوجد فى أى وقت من الأوقات. فإذا كان العقد قد نفذ بالفعل بالمعاشرة والمعيشة المشتركة فإن كل ذلك يعتبر، وقد قضى بالبطلان، بغير سند شرعى، وتضحى العلاقة التى نفذت علاقة غير مشروعة، فلا تطبق الاتفاقات الخاصة بالنظام المالى للزوجين (فى القوانين التى تعرف هذا النظام)، وتعتبر المعاشرة التى حدثت زنا محرماً، وإذا توفى أحد الزوجين فإن الآخر لا يرثه لبطلان العقد، وكذلك يعتبر الأبناء المتخلفين عن هذا الزواج أبناء غير شرعيين.

وواضح أن تطبيق المبادئ النظرية للبطلان على عقد الزواج، وعلى النحو السابق، هو أمر غاية فى الخطورة اجتماعياً وأخلاقياً. لذلك حاول رجال الفقه الكنسى ورجال القانون التخفيف من آثار البطلان فى عقد

الزواج، وذلك من خلال عدة وسائل فنية تنتهى إلى خلق نظرية للبطلان يختص بها عقد الزواج ويصبح مختلفاً فى شأنها عن البطلان كما تعرفه النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى. وقد اتخذت هذه النظرية عدة مظاهر، أهمها: الحد من حالات البطلان بقدر الإمكان - تصحيح عقد الزواج فى بعض الحالات - نظرية الزواج الظنى. ونعرض لهذه المظاهر الثلاث على التوالى.

المبحث الأول

الحد من حالات البطلان

اتجهت بعض شرائع المسيحيين إلى الحد من حالات البطلان سواء كان مطلقاً أو نسبياً.

أولا - فبالنسبة للبطلان المطلق: وهو ما يتحقق عند تخلف ركن من أركان عقد الزواج وهو الرضاء، انتفاء الموانع، الشكل الدينى. فقد اتجهت قواعد الأرمن الأرثوذكس إلى أنه إذا حصل الزواج بين شخصين لم يبلغا السن المقررة للزواج، أو لم يبلغ أحدهما هذه السن، فلا يجوز الطعن فيه إذا كان قد مضى ستة أشهر على بلوغهما أو بلوغ القاصر منهما سن الزواج أو اذا حملت الزوجة التى كانت دون السن قبل مضى ستة أشهر على بلوغ السن.

وواضح من هذا الحكم أن مانع السن يمكن التخفيف من أثره على صحة العقد بأسلوب يتضمن قدراً من المرونة الهادفة، والتى لا تتفق مع النظرة المجردة للبطلان المطلق. ويعطى هذا التطبيق نموذجا واضح

الاختلاف لنظرية البطلان فى الزواج عنها فى العقود المدنية، فالأمر ليس تطبيقا شكليا وحرفيا لشروط انعقاد العقد، بل يتعين النظر إلى السبب فى البطلان وامكانية تطويع أثر تخلفه بما يبقي على العقد قائما . وهذا الاتجـاه أخـذت به بعض النصـوص لدى طوائف الأرثوذكس . فطوائف الأرمن تسـمح للرئيس الدينى، فى مـصـر، أن يعـفى من شـرط السن، وكـذلك لدى السـريان الذين تسـمح شـريعـتـهم بانقـاص المدة أخـذاً فى الاعتبار المحيط الاجتماعى والمناخ الخاص بالاقليم . كذلك ما قضى به من أن الزواج الذي لا يراعى فيه اعتبار للسن جهلا أو سهوا لا محل فيه للبطلان إذا كان الزوجان قد تعاشرا معاشرة الأزواج فعلا، كذلك لا يتشدد الأقـبـاط الأرثوذكس فى تطبيق البطلان بسبب مـانع عـدة الوفـاة، (ابرام الزواج قبل انقضـاء مـدة عـشـرة أشـهر) إذ يجـوز للمجلس الملى أن يأذن بانقـاص هذه المدة إذا ثبت له بصـفـة قـاطعـة من ظروف الأحـوال أن الزوج السـابق لم يعـاشـر زوجتـه منذ عـشـرة شـهـور (م ٢٥ من لائحـة الأقـبـاط الأرثوذكس) .

وبالنسبة للكاثوليك تتخفف قواعدهم من اعتبار الشكل فى عقد الزواج، إذ يجيزون أن ينعقد الزواج بغير حضور رجل الدين إذا توافرت ظروف اضـطرارية ألجـأت الزوجين إلى هذه المخـالفـة: «يجب المحـافظة عند ابرام الزواج على الطقوس والرتب المرسومة فى الكتب الطقسـية المثبـتة بسلطان الكنيسة أو متى صارت مرعية بقوة عوائد مشروعة إلا إذا حالت دون ذلك ضرورة (م ٩١ من الإرادة الرسوليـة) . كـمـا أجـازوا أن يعـقـد العقد فى الخارج ولو تم أمام رجل دين من غير ملة الطرفين.

وأخيراً فإن اختلاف الدين أو الملة، بين غير المسلمين، لا يؤدى إلى بطلان العقد، حيث تطبق، فى هذه الحالة، أحكام الشريعة الاسلامية.

ويترتب على التطبيقات السابقة، أن الأمر ليس تطبيقاً حرفياً لمفهوم البطلان المطلق، لأن هذا الأخير لا ترد عليه اجازة ولا يرد عليه تصحيح. ومفاهيم المرونة السالف ذكرها تنأى بنظرية بطلان الزواج بعيداً عن مفاهيم القانون المدنى التقليدية.

وبالنسبة للبطلان النسبي فيلاحظ مبدئياً أن بعض الشرائع لا تعرفه، وهى شرائع الكاثوليك وشرائع البروتستانت. فقواعد البروتستانت لم تعرض لحالات يظهر فيها حكم البطلان النسبى على نحو محدد وبالتالى يترك فيها الأمر للقواعد العامة. أما الكاثوليك فالعقد عندهم إما صحيح وإما باطل مطلقاً، وإن كانوا قد اتجهوا تخفيفاً من حالات هذا البطلان، إلى ابتداع نظرية تصحيح العقد (وهى مفارقة واضحة مع مفهوم البطلان المطلق الذى لا يرد عليه التصحيح) وهو ما سنعرض له فى بند مستقل.

تبقى شريعة الأرثوذكس حيث تعرض قواعد الأقباط لحالات البطلان النسبي، وهى تلك التى تتعلق بتخلف شرط من شروط صحة العقد، وهى موافقة ولى النفس على زواج القاصر، وخلو الإرادة من العيوب.

فبالنسبة لموافقة الولي نصت المادة ٣٨ من قواعد الأقباط على أنه إذا عقد زواج القاصر بغير إذن الولى فلا يجوز الطعن فيه إلا من الولى

أو القاصر. كما نصت المادة ٣٩ على أنه «ومع ذلك لا تقبل دعوى البطلان من الزوج، ولا من الولى، متى كان الولى قد أقر الزواج، صراحة أو ضمناً، أو كان قد مضى شهر على علمه بالزواج، ولا تقبل الدعوى أيضاً من الزوج بعد مضى شهر من بلوغه سن الرشد.

أما فى شأن **عيوب الإرادة** فقد تعرضت المادة ٣٦ من قواعد الأقباط لتخلف رضاء أحد الزوجين، أو تخلف حريته واختياره، أو وقوع غش فى شخص احداهما أو فى بكارة الزوجة، أو فى خلوها من الحمل، فلا يجوز الطعن إلا من الزوج المضرور. وأضافت المادة ٣٧ أن دعوى البطلان فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة (٣٦) لا تقبل إلا إذا قدمت فى ظرف شهر من وقت أن أصبح الزوج متمتعاً بكامل حريته، أو من وقت أن علم بالغش وبشرط أن يكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت.

أما عند الأرمن الأرثوذكس فإن الدعوى لا تقبل بعض مضى ستة شهور من الزواج ولو لم تحصل معاشرة، كما أنه بالنسبة لدعوى الإبطال للغش فى شأن بكارة الزوجة فيجب ابلاغ الأمر للبطريركية خلال ٢٤ ساعة من المعاشرة الجنسية (م ١٨ من قواعد الأرمن). أما السريان فيشترطون فضلا عن ذلك على الزوج أن يمتنع عن مخالطة زوجته من بادئ الأمر وألا يمتزج بها مطلقاً (م ٨١ من قواعد السريان).

ويلاحظ على الأحكام السابقة اتجاهاً واضحاً إلى التقليل من حالات التمسك بالابطال عن طريق وضع ضوابط اضافية فضلا عن تقصير

المدة التي يجب خلالها التمسك بذا الدفع.

ثانيا: تصحيح عقد الزواج عند الكاثوليك:

يصحح الزواج الباطل عن الكاثوليك بإجراء لاحق على انعقاده في أغلب الأحوال، فيزول أمره من البطلان إلى الصحة بأثر مستقبلي. وقد يعتبر صحيحاً بأثر رجعي أي منذ انعقاده. ويسمى النوع الأول التصحيح البسيط ويسمي الثاني بالتصحيح الأصلي.

ويحدث التصحيح البسيط عندما يفتقد عقد الزواج لركن من أركان انعقاده المعتبرة عند الكاثوليك وهي انتفاء الموانع، الرضا، عدم الالتزام بالصيغة الشرعية.

وفي حالة الموانع يصحح الزواج بزوال المانع بالاضافة إلى تجديد الرضاء، ويختلف أمر تجديد الرضا باختلاف علنية المانع أو خفائه. فإذا كان معلناً وجب تجديد الرضا وفق الصيغة الشرعية الدينية. وإذا كان المانع مستتراً وجب تجديد الرضا ولكن دون اشتراط الصيغة الدينية، ويكون التجديد بالنسبة لمن يعلم بالمانع من الزوجين فقط، فإن كانا على علم وجب تجديد رضائهما معا (م ١٢٢ و١٢٣ و١٢٤ من الإرادة الرسولية).

أما إذا كان البطلان بسبب «نقصاً» في الرضا فإن الزواج يصحح «إذ عاد الفريق الذي لم يرض بالزواج سابقا فرضى، شرط أن يستمر الفريق الآخر على الرضا الذي أبداه» (م ١٢٥ من الإرادة الرسولية). وإذا كان فقدان الرضا مستترا فيكفي أن يجدد الرضا «باطنياً» فقط،

أما إذا كان هذا العيب علنياً فيجب اظهار الرضا علنا بالصيغة الشرعية (م ٣/١٢٥).

وفى حالة البطلان لتخلف الصيغة الشرعية فإن التصحيح لا يكون إلا بابرام العقد مرة ثانية وفقا للصيغة الشرعية (م ١٢٦).

أما **التصحيح من الأصل**، فهو تصحيح يضفى على العقد مشروعيته بأثر رجعى، أى منذ انعقاده.

ويتميز هذا التصحيح بأن السلطة الكنسية هى التى تقرره بقرار يصدر منها. فهذه السلطة هى التى تقرر زوال سبب البطلان، أو تقرر الاعفاء منه إذا كان قائماً. ولا يشترط لتمام ذلك أن يتجدد رضاء الطرفين بالعقد.

ويلاحظ أن هناك حالة لا يجوز فيها التصحيح أصلا، وهى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢/١٢٨ من الإرادة الرسولية وهى حالة وجود «مانع صادر عن الحق الطبيعى أو الالهى». ففى هذه الحالة لا يجوز التصحيح الأصلى، كما لا يجوز التصحيح البسيط «ولا من حيث زواله إذا زال فيما بعد». ومن قبيل هذه الحالات المانعة من التصحيح مطلقا، الزواج بين الفروع والأصول.

أما إذا كان البطلان المانع ليس من موانع الحق الطبيعى أو الالهى، وزال هذا المانع أو أعفى صاحب الشأن منه، جاز التصحيح. وفى حالة البطلان لتخلف الرضا لا تملك الكنيسة التصحيح إلا إذا توافر الرضا بعد ذلك. وهنا قد تقرر الكنيسة أن الزواج صحيح منذ تاريخ الرضا وليس

من تاريخ ابرام الزواج.

وأخيرا وفى حالة بطلان الزواج لتخلف الشكل الدينى، فيتم التصحيح دون حاجة إلى رضاء الطرفين، بل ورغم اعتراضهما أحياناً، حفاظاً على المظهر العائلى، وحفاظاً على نسب الأولاد فى حالة الوفاة.

والذى يملك سلطة التصحيح الأصلى هو الكرسى الرسولى (م١٢٥)، ولكن يجوز للبطريرك أن يصحح الزواج من أصله إذا كان سبب البطلان يعود إلى صيغة العقد أو إلى مانع من الموانع التى يملك الاعفاء منها.

المبحث الثانى

الزواج الظنى

ابتدع الفقه الكنسى هذه النظرية للتخفيف من آثار بطلان عقد الزواج. وقد أخذ بهذه النظرية الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس وطوائف الكاثوليك. وأوردوا لهذه النظرية نصوصاً وقواعد خاصة بها. ويعرف الزواج الظنى أنه زواج باطل، ولكن آثار البطلان لا تنتج إلا بالنسبة للمستقبل، تاركين الآثار الماضية للعقد قائمة. وبالتالى ففكرة الزواج الظنى تقرّب بطلان الزواج من حالة انحلاله سواء بوفاة أحد الزوجين أو بالطلاق.

وواضح من ذلك الفارق بين الفرضين. ففى فرض البطلان تصبح العلاقة السابقة على البطلان علاقة غير شرعية. ويصبح الأبناء الناتجين عن هذا الزواج أبناء غير شرعيين. كما أنه إذا توفى أحد الزوجين فلن

يرثه الآخر لانتفاء العلاقة الزوجية كأثر من آثار البطلان. وهو ما يعكس خطورة الأخذ بالبطلان مجردا عن الواقع الأسرى والاجتماعى والعائلى الذى نشأ بالفعل عن الزواج. ومراعاة هذه الاعتبارات الأخيرة تدفع إلى البحث عن حل وسط ينزل عن حتمية البطلان قائما على سببه، وفى نفس الوقت ينزل عند الاعتبارات العادلة بالنسبة للأبناء وبالنسبة لمشروعية العلاقة الزوجية السابقة. وقد انتهى البحث عن توازن بين هذين الاعتبارين المتناقضين إلى ابتداع نظرية الزواج الظنى. ولتطبيق هذه النظرية لابد من توافر عدة شروط:

الشرط الأول: أن يكون الزواج قد أبطل بالفعل:

فهذه النظرية تقوم على مفترض حدوث البطلان فعلا. وبالتالى فلا وجه لتطبيقها حال كون العقد الباطل قائماً لم يحكم ببطلانه بعد. ويبدو هذا التحديد الأول منطقياً، لأن النظرية تستهدف تسوية الآثار الناتجة عن وقوع البطلان وليس عن احتمال وقوعه.

الشرط الثانى: أن يكون هناك مظهر جاد لاعلان الزواج:

ولذلك قضى فى فرنسا بعدم جواز تطبيق الزواج الظنى على حالة شخص تزوج من امرأتين فى وقت واحد عملا بالعادات القبلية التى يتبعها. فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مثل هذا الوضع لا يتوافر فيه المعنى المقصود بالإعلان الجاد لمظهر الزواج[1]. ولكن فيما

---

(١) نقض فرنسى عرائض ١٤ مارس ١٩٣٣، دالوز ١٩٣٣-١-٢٨.

عدا هذه الحالة فلا يشترط أن تكون المراسم الشكلية للزواج قد تم الالتزام بها، حيث ان تخلف عنصر موضوعى، أو عنصر شكلى، هى مسائل يمكن تغطيتها قانوناً. وقد اعتبرت بعض المحاكم الفرنسية أن مجرد الاعلان الدينى يكون مظهراً جاداً للزواج[١].

الشرط الثالث: حسن نية الزوجين أو أحدهما:

وحسن النية معناه عدم العلم بالسبب الموجب لبطلان الزواج، فالفرض أن كل من الزوجين، أو أحدهما، يعتقد فى صحة الزواج من الناحية الشرعية، وحسن النية المشار إليه مفترض كما هو الأصل قانونا، إلى أن يثبت العكس[٢].

فإذا استقر حسن النية ثابتا، بعدم اثبات العكس، فلا يهم السبب الذي بنى عليه الجهل بالحقيقة. فقد يبنى هذا الجهل عن غلط فى الواقع، كأن يتزوج شخص بإحدى محارمه عن غير علم بصلة القرابة التى تربطه بها أو أن تتزوج امرأة على اعتقاد خاطئ بأن زوجها قد توفى. كذلك لو بنى حسن النية على غلط فى القانون كأن يتزوج شخص من إحدى قريباته عن جهل بالقاعدة القانونية المانعة من الزواج. أو أن

---

(١) محكمة باريس ٢٤ أبريل ١٩٢٦ دالوز ١٩٢٧-٢-٩ ومحكمة بوردو ١٦ يونيو ١٩٣٧ دالوز ١٩٣٧-٥٣٩.

(٢) نقض مدنى فرنسى ٥ نوفمبر ١٩١٣ دالوز ١٩١٤-١-٢٨١ وسوء النية يمكن أن يستفاد من أعمال لاحقة أو سابقة على الزواج، نقض مدنى فرنسى ٢ نوفمبر سنة ١٩٤٩ الأسبوع القانونى ١٩٤٩-٤-١٧٨.

يتزوج شخص بحماته بعد طلاق زوجته منه عن جهل بالمانع الشرعى[(١)].
ويكفى أن يتوافر حسن النية وقت ابرام عقد الزواج حتى ولو علمت الحقيقة بعد ذلك[(٢)].

وصفة الزواج الظنى قد يقررها القاضى عندما يحكم ببطلان الزواج. وقد تتقرر فى قضية أخرى لاحقة يقتصر موضوعها على اعلان ظنية الزواج، وفى مقام حسن النية تستوى درجة الغلط الذى أدى إلى الزواج الباطل، سواء من حيث نوعه أو من حيث جسامته، كما يستوى مدى تأثير هذا الغلط على عقد الزواج، بمعنى أن نظرية الزواج الظنى تنطبق سواء كان من شأن العيب أن يبطل العقد بطلاناً مطلقاً، أو أن يؤدى فقط إلى بطلانه بطلاناً نسبياً[(٣)]، بل وتطبق النظرية حتى لو كان الزواج قد وصل إلى حد الانعدام[(٤)].

نتائج الزواج الظنى:

تتوقف حدود هذه الآثار على ما إذا كان حسن النية قد توافر فى كل من الزوجين، أم أنه توافر فى أحدهما فقط.

---

(١) نقض مدنى فرنسى ٣٠ يوليو ١٩٩٠ دالوز ١٩٩٠-١-٣١٧.

(٢) نقض مدنى فرنسى ١٤ يونيو سنة ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٧-٥٥٧ و٢٨ مايو ١٩٩١ دالوز ١٩٩٢ وتعليق ماسيب.

(٣) نقض مدنى فرنسى ٧ مايو سنة ١٩٥٧ دالوز ١٩٥٧-٥٥٩.

(٤) نقض مدنى فرنسى ١٨ أكتوبر ١٩٥٥ الأسبوع القانونى ١٩٥٥ - ٤ - ١٦٢.

فإذا كان الزوجان حسنى النية:

عندما يقرر القضاء اعتبار الزواج الباطل زواجاً ظنياً فإن جميع الآثر المترتبة على الزواج الصحيح تترتب فى حق الزوجين: فيبقى النظام المالى القائم بينهما صحيحاً وتسوى آثاره وفقاً للقواعد التى يقررها نظامهما القانونى. وإذا أعلن البطلان بعد وفاة أحدهما كان للزوج الباقى على قيد الحياة الحق فى الميراث. كما يظل الأبناء مكتسبين لصفة الشرعية كما لو كانوا مولودين نتيجة عقد زواج صحيح. غير أن هذه النتائج لا تتقرر إلا عن الفترة السابقة على الحكم بالبطلان[١]. أما بالنسبة للمستقبل فإن العقد الباطل يسقط، وتنقضى العلاقة الزوجية بين الطرفين، بما فيها من حقوق أو واجبات، كما تتوقف الزوجة منذ هذا الحكم عن أن تحمل اسم زوجها السابق[٢]. كما أن أحدهما لا يرث الآخر إذا حدثت الوفاة فى وقت لاحق على الحكم بالبطلان. وقد نصت المادة ٤٢ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أن: «الزواج الذى يحكم ببطلانه

---

(١) وقد قضى أن من حق الزوجة أن تطلب تعويضا عن الضرر الذي لحقها من جراء وفاة زوجها فى حادث طالما أن عقد الزواج لم يكن قد حكم ببطلانه عند وقوع الضرر. نقض جنائى فرنسى ٦ مارس ١٩٥٨ جازيت دى باليه ١٩٥٨-٢-٧٢. وقارن حكم نقض مصرى فى صدد زواج ظنى بين يونانيين حيث قضت بحق الزوج حسن النية فى أن يرث فى تركة الآخر إذا ما قضى بالبطلان بعد الوفاة وأن بحث توافر حسن النية من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ١٩٧٢/٤/١٢ مجموعة الأحكام س ٢٣ ص ٦٩٨.

(٢) وذلك فى القوانين التى تحمل فيها الزوجة الاسم العائلى لزوجها كما هو الحال فى القانون الفرنسى.

يترتب عليه مع ذلك جميع آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذا ثبت أن كليهما حسن النية أى كان يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذى يشوب العقد». وكذلك المادتين ٢٣ و٢٤ من قواعد الأزمن. (المادة ١، ٢ من القانون المدنى الفرنسى).

حالة حسن نية أحد الزوجين:

إذا اقتصر حسن النية على أحد الزوجين دون الآخر، فإن الزواج الظنى لا يرتب آثره إلا بالنسبة للطرف حسن النية «ولأولاده المرزوقين له من ذلك الزواج» م ٢/٤٢ من لائحة الأقباط الأثوذكس.

ويترتب على هذا المنطق أن جميع آثار الزواج الظنى والسالف عرضها تتحقق بالنسبة لأحد الزوجين فقط. فالزوج حسن النية هو الذى يرث إذا توفى الطرف الآخر قبله، والعكس غير صحيح. فالزوج سيئ النية لا يرث إذا توفى الطرف الآخر قبل الحكم بالبطلان. أما المخالطة الجسدية فلا تقبل التجزئة وتعد بالتالى مشروعة بالنسبة للزوجين معاً. كما يخضع الأبناء لذات الحكم فيعتبرون شرعيين قولاً واحداً بالنسبة للأبوين معاً. ويرثون من يتوفى منهما على قدم المساواة. أما إذا توفى أحد الأبناء وكانت له تركة فإن من يرثه من أبويه هو الطرف حسن النية فقط.

ويبقى أخيراً أن يتخلف حسن النية فى كل من الزوجين، وذلك إذا ثبت علمهما عند الزواج بما يشوب العقد من بطلان. وفى هذه الحالة لا تطبق نظرية الزواج الظنى، ويعد العقد باطلا منذ لحظة ابرامه، وتعتبر

المعاشرة، التى قامت معاشرة غير مشروعة، والأبناء منها أبناء غير شرعيين. ومع ذلك فهنا حد أدنى يتعين احترامه ويتمثل: ١ - ضرورة أن تعتد الزوجة بعد الحكم بالبطلان باعتبار أن واجب العدة يقوم على اعتبارات حتمية لا شأن لها بصحة العقد أو بطلانه ٢ - يبقى نسب الأبناء لوالديهم - رغم أنهم أبناء غير شرعيين - لأن هذا النسب حقيقة بيولوجية واجتماعية لا مناص من التسليم بها.

أحكام بطلان زواج المصريين غير المسلمين حال خضوعهم للشريعة الإسلامية:

تبقى فى مقام الحديث عن البطلان البحث فى معالجة احتمال البطلان فى زواج المسيحين عندما يكونوا خاضعين للشريعة الإسلامية لتوافر شروط تطبيقها كالاختلاف فى الملة أو الطائفة مثلا. والشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق، فى هذه الحالة، هى الراجح من المذهب الحنفى. ويمكن تلخيص القواعد الواجبة الاتباع فيما يلى:

- إذا كان عقد الزواج المسيحى صحيح فى شريعتهم، ولكنه غير صحيح من منظور فقه المذهب الحنفى، فى هذه الحالة يبقى العقد على صحته وفقا للشريعة الخاصة، كالعقد الذى يبرم بغير شهود أو دون تسمية مهر.

- إذا كان سبب البطلان واحد عند المسلمين وعند غيرهم فإن القاضى يحكم بالبطلان بغير تحفظ (كما فى حالة زواج المحارم).

- إذا كان الزواج صحيحاً بحسب الراجح فى المذهب الحنفى، وكان

هو الواجب التطبيق على النزاع، فلا يحكم القاضى ببطلان العقد، ولو كان باطلا فى شريعتهم، ومن ذلك زواج المسيحى باليهودية أو العكس، أو زواج المعيب جنسياً، أو زواج الراهب(١).

- وأخيراً فإذا آل الأمر، وفقاً للشريعة الإسلامية - عند توافر شروط تطبيقها - إلى بطلان عقد الزواج، فإن هذا العقد لا ينتج أى أثر بين طرفيه طالما لم يحدث دخول. وانتفاء الأثر معناه انتفاء المهر والنفقة والميراث، وبالجملة تنتفى كافة آثار عقد الزواج الصحيح(٢).

أما إذا حصل دخول بين الزوجين، فى عقد باطل، فإن كان بغير شبهة، فهو زنا، ولا ينتج أثراً. أما إذا كان الدخول بشبهة، فيثبت المهر، ويثبت النسب إذا كانت الشبهة قوية، ولا يثبت الميراث.

(١) عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين، الطبعة الخامسة، رقم ١٠٩.

(٢) عبد الناصر العطار، الموضع السابق.

الفصل الثالث

آثار الزواج الصحيح

يعتبر الزواج نظاماً قانونياً، يرتبط باعتبارات دينية واجتماعية على قدر عظيم من الأهمية والخطورة، وبالتالي ينظر إلى الاتفاق الذى ينشأ به على أنه مجرد وسيلة للدخول في نظام معقد يتولاه المشرع الديني أو الوضعي، أو الاثنان معاً. فالإرادة لازمة لإنشاء هذا المركز القانوني، ولكن النظام القانوني هو الذى يتولى ترتيب آثاره، وفق قواعد أخرى لا يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها.

ونعرض فيما يلى للالتزامات الناشئة عن عقد الزواج.

المبحث الأول

الالتزام بالمساكنة

يعد الالتزام بالمساكنة أو المعيشة المشتركة، لازمة من لوازم الحياة الزوجية، فالغاية التى يسعى إليها طرفا الزواج لا تستقيم إلا بأن يعيشا تحت سقف واحد، وقد نصت كثير من شرائع المسيحيين على هذا الالتزام مثل شرائع الأقباط الأرثوذكس والأرمن الأرثوذكس والكاثوليك. ومع ذلك فالالتزام قائم عند غير هؤلاء بحكم طبيعة الأشياء، إذ لا يستقيم زواج بغير مساكنة ومعيشة مشتركة، وهو ما تفصح عنه كافة الشرائع بطريق غير مباشر أحياناً عندما تعرض مثلا للمفارقة وتضع تنظيماً لها (لائحة الانجيليين م ١٤ و١٥).

وتنظر الشرائع المختلفة للمساكنة باعتبارها محلا لالتزام يقع على عاتق الزوجة. وقد نصت المادة ٢١٣ مدنى فرنسى على حكم يبلور هذا المعنى ويتفق معه بقولها ان الزوجة ملزمة بالمعيشة مع زوجها وأن تتبعه أينما ذهب وحيث يقدر هو مكان استقراره.

غير أن على الزوج إزاء هذا الحق أن يعد لزوجته مسكناً مناسباً، والمسكن المناسب هو المسكن المستقل الذى لا يشاركها فيه أحد من أقارب الزوج، وهو أيضا المسكن المؤثث تأثيثاً يليق بمكانة الزوج والزوجة ومركزهما الاجتماعى. وقد نصت المادة ١٤٤ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أنه «يجب على الزوج أن يسكن معه زوجته فى مسكن مستقل يتناسب مع حالة الزوجين». ولا تجبر الزوجة على اسكان أحد معها من أهل زوجها سوى أولاده من غيرها[1]، ما لم يأمر المجلس بغير ذلك فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ١٣٩ وليس للزوجة أن تسكن معها فى بيت الزوج أحد من أهلها إلا برضائه». أما بالنسبة لأهل الزوج فقد أجازت المادة ١٣٩ للمجلس أن يأمر الزوج بأن يسكن فى منزله من تجب نفقته عليه إذا أثبت الزوج أنه لا يستطيع دفعها نقداً. وعليه أن يقدم له ما يحتاجه من طعام وكسوة. ومن ناحية ثانية فإن الالتزام بالمساكنة يقتضى حسن العشرة ولين المعاملة والامتناع عن الإيذاء بالقول أو بالفعل. وقد جعلت المادة ٥٣ من لائحة الأقباط الأرثوذكس من الإيذاء المتكرر الجسيم بما يعرض الزوج الآخر للخطر، سبباً للتطليق.

---

(١) نقض ١٩٧٥/١١/٥ س ١٠ ق مجموعة الأحكام س ٢٦ عدد أول ص ١١٣٦٦..

منـ احل الحعد

لتزام بالمساكنة والمعيشة المشتركة
ية، وأن يمكن كل منهما الآخر من اشباع
يعد اخلالا بهذا الالتزام عدم دخول الزوج
الامتناع عن المعاشرة الجنسية أثناء مسيرة
ة السبب الأجنبى كعدم القدرة المرضية على

قد تكون المعاشرة خطأ فى حق أحد الزوجين
الشاذة، أو الاجبار على المعاشرة رغم مرض
بالعنف، أو الممارسة المبالغ فيها والمؤلمة

منى من جانب دائرة النقض المدنية فى ١٦ ديسمبر
١٩٦٤-٢-١٣٦٦٠، وقد أصبح الخطأ فى القانون
ن حيث وضعت المادة ٢٤٢ من القانون المدنى الفرنسى
أنه كل فعل يتضمن اخلالا جسيما أو متكررا لواجبات
ار المعيشة المشتركة غير محتمل.
١٩٥٠ دالوز ١٩٦٠ - ١٤٤، نقض مدنى ٥ نوفمبر

رسولية للكاثوليك على أن «الرضا الزوجى هو فعل
طرفين حقاً على جسده ويقبل حقاً على جسد صاحبه وهو
ن دون سواهما». ونصت المادة ٩٧ من كتاب ابن شمعون
نفسها بغير عذر شرعى وإلا عرضت حقوقها للضياع»
للمرأة على الرجل حق مباشرتها مع مراعاة قدرته

جزاء الإخلال بالتزام بالمساكنة:

ونعرض للاخلال من جانبين: الأول يتعلق بالمساكنة أى الاقامة المشتركة، والثانى يتعلق بالمخالطة الجسدية.

بالنسبة للمساكنة، وهى تقتضى من الرجل، كما سبق، أن يعد مسكن الزوجية، فإن أوفى بذلك كان على زوجته أن تتبعه وإلا عدت ناشزاً إذا امتنعت عن الانتقال لمسكن زوجها دون مبرر شرعى (كالمرض أو الايذاء الجسيم).

ويترتب على نشوز الزوجة سقوط حقها فى النفقة، ولكن إذا ثبت أن الزوج قد أعد منزلا لا بقصد الاقامة فيه أو استمرار الحياة الزوجية بل بقصد التهرب من النفقة، إذا ثبت أنه لم يؤثث المنزل ولم يقم فيه بل تركه خالياً فلا نشوز[١].

ولكن إذا أوفى الزوج بواجبه فى اعداد المسكن المناسب، فهل يستطيع أن يلزمها بالطاعة قضاء؟

جاءت كثيرة من النصوص المسيحية تفرض على الزوجة الطاعة وأن تتبع زوجها ومنها «أن الرجل هو رأس المرأة كما أن المسيح هو رأس الكنيسة»[٢]. أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب»[٣] «إلى

---

(١) استئناف القاهرة ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٦ المحاماة س ٣٧ ص ٥٧٥ دعوى رقم ٣١٢ س ٣٧ ق «فمنزل هذا حاله لا يعتبر مسكنا شرعيا تجد الزوجة فى ظله راحتها، ولا يعتبر اعتراض الزوجة عليه نشوزاً».

(٢) رسالة بولس إلى أهل أفسس الأصحاح ٥ العدد ٢٢.

(٣) رسالة بولس إلى أهل أفسس الأصحاح ٥ العدد ٢٧.

رجلك يكون اشتياقك وهو يسود عليك»[١]. وقد جاء فى المادة ٤٥ من قواعد الأقباط الأرثوذكس أن على المرأة أن تتبع زوجها أينما سار لتقيم معه فى أى محل لائق، كما جاء فى كتاب ابن شمعون «متى زفت الزوجة إلى زوجها حقت عليها طاعته والامتثال لأوامره ونواهيه» (م ٨٣).

غير أن خلافاً نشب حول امكانية تنفيذ الطاعة بحكم قضائى. وقد تأثر هذا الخلاف بما كان قائما من امكانية تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية. فذهبت بعض المجالس الملية (قبل إلغائها) «إلى رفض دعاوى الطاعة لأسباب ترجع إلى أصول الدين المسيحى نفسه، كما درجت فى تاريخها الطويل على إلغاء أحكام المجالس الملية الفرعية التى كانت تشذ عن تلك القاعدة فى بعض الأحيان بل يبين من استقراء ذلك القضاء أن أحكامه فى هذا الخصوص كانت تصدر وثابت فى حيثياتها أن المجلس رغم أنه ثبت لديه أن الزوجة قد خرجت عن طاعة زوجها دون مبرر مما يجعل وصف النشوز لاصقاً بها، إلا أنه يرى فى القضاء بالطاعة مخالفة لقواعد المسيحية. وعلى ذلك فهو يرى رفض دعوى الطاعة مع اثبات وصف نشوز الزوجة»[٢].

وقد دافع البعض عن هذا الاتجاه السابق بالقول بأن الدين المسيحي يقوم على الرحمة والمحبة «كونوا رحماء كما أن أباكم أيضاً رحيم»[٣]،

---

(١) سفر التكوين الأصحاح ٣ العدد ١٦.

(٢) حكم المجلس الملى العام للأقباط الأرثوذكس فى ٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢.

(٣) انجيل لوقا الأصحاح ٦ العدد ٣٥ و٣٦.

«أريد رحمة لا ذبيحة»[1] فضلا عن الزواج سر مقدس، يرفع إلى مرتبة الالهيات كالصلاة والصوم، وتنفيذ مقتضياته يجب أن يكون بالتالى وفقاً للضمير الإنسانى وما يرضى ربه، خاصة وأن علاقة الرجل بزوجته شبهت بعلاقة المسيح بالكنيسة، ولا يتصور مع هذا التشبيه أن يكره الزوج زوجته على طاعته[2]. كما جاء فى المجموع الصفوى لابن العسال أن ما يجرى بين الزوج وزوجته من أسباب الخلاف يقتضى الصبر والرفق بالزوجة والصبر عليها حتى ينصلح حالها. فإن فشل فليتوسط رجل الدين مرة واثنتين وبعد ذلك أيضا فليتبرأ الأسقف، منها وهو ما يعني أن المسيحية لا تجيز تنفيذ الطاعة كرهاً.

اما الراى الثانى، فقد كان يذهب إلى امكانية تنفيذ حكم الطاعة جبراً فيما بين المسيحيين وأن القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قد نص فى مادته الخامسة على أن تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا المسائل التى وردت فى شأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها، وأن المادة الثالثة عشرة من ذات القانون المشار إليه التى ألغت بعض مواد لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لم تلغ المادة ٣٤٥ من تلك

---

(١) انجيل متى الأصحاح ٩ العدد ١٣.

(٢) راجع: اهاب اسماعيل، شرح مبادئ الأحوال الشخصية، رقم ٢٧٠، ومحمد نور والفى بقطر، الأحوال الشخصية للطوائف غير الإسلامية، ص ٢٥٧.

اللائحة والتى كانت تجيز تنفيذ أحكام الطاعة قهراً بالاستعانة برجال السلطة العامة[1].

وقد انتهت حدة هذا الخلاف بعد الغاء مبدأ تنفيذ حكم الطاعة بالقوة الجبرية. وفى ضوء هذا الإلغاء نعتقد أن من حق الزوج المسيحى، شأنه شأن المسلم، أن يقيم دعوى بطلب طاعة زوجته، وأن يستصدر حكما بذلك، فإن لم تنفذه حق عليها وصف النشوز وسقط حقها فى النفقة. وبالتالى فإن الالتجاء إلى القضاء، على هذا النحو، لا يعدو أن يكون طلبا لتنفيذ الالتزام بالمساكنة، واثباتاً إجرائياً وقضائياً لموقف كل من الزوجين من حيث تنفيذه لالتزاماته، أو امتناعه عن ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن الإجراءات الخاصة بما يتبع فى دعوى الطاعة (م ٦ مكرر ثانيا من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩) من قواعد الاختصاص والإجراءات تسرى على جميع منازعات الطاعة أياً كانت ديانة أطرافه[2].

---

(١) راجع فى الموضوع: اهاب اسماعيل، السابق، بند ٢٧٠، د. أحمد سلامة، الوسيط فى الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، الطبعة الأولى، رقم ١٩٠.

(٢) نقض ١٩٨٦/٥/٢٧ طعن ٧٦ س ٥٤ ق.

المبحث الثانى

الالتزام بالاخلاص

يعتبر الالتزام بالاخلاص التزاماً عاماً يترتب على عقد الزواج فى جميع الأديان والشرائع. إذ أنه نتيجة منطقية وأخلاقية لهذه العلاقة المقدسة التى أولتها جميع الأديان مكانا متميزاً، بحسبان أن الزواج هو دعامة الأسرة، وعلاقات الزوجين هى نموذج خلقى يحتذى به اجتماعياً. والالتزام بالاخلاص هو التزام متبادل بطبيعة الحال، إذ يقع على كل من الزوجين بذات الدرجة وذات قوة الالتزام. وأدل وأهم مظهر من مظاهره هو انحصار حقوق المعاشرة الجنسية بين الطرفين دون سواهما، أى الامتناع عن الخيانة الزوجية. لذلك كانت واقعة الزنا هى أكثر المخالفات اخلالا بالاخلاص. وقد أجمعت شرائع المسيحيين على تأثيمها واعتبارها سبباً مؤكداً للتطليق.

والزنا هو المباشرة الفعلية للجنس من أحد الزوجين مع طرف آخر. ويبقى الالتزام قائما، بالمعنى السابق، وكذلك تقوم المخالفة، مادامت العلاقة الزوجية قائمة لم تنته بحكم نهائى. وبالتالى فكل من الزوجين ملتزم بالاخلاص - فى خصوص المباشرة الجنسية على نحو خاص - حتى ولو حصل على حكم بالتطليق طالما أن هذا الحكم لم يصبح نهائيا. وعلى مستوى المسئولية المدنية، خاصة فى شأن طلب التطليق، وهل ينتفي الزنا كسبب قانونى إذا كان عن غلط فى القانون، أى عن الاعتقاد فى أنه لا يخل بالاخلاص طالما صدر حكم ابتدائى بالتطليق؟ رفضت

بعض المحاكم الفرنسية هذا المعنى، فى حين اعتدت أحكام أخرى بالغلط فى الواقع لنفى وصف الخطأ[١].

ويلاحظ أن واقعة الزنا باعتبارها اخلالا بالالتزام بالاخلاص تثبت بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن، فإن ثبتت كانت موجبة للتطليق. والأمر هنا يختلف عن الزنا باعتباره جريمة تستوجب العقاب الجنائى، ففى هذه الحالة الأخيرة لا يثبت الزنا إلا بأدلة محددة وهى القبض على المتهم «حين تلبسه بالفعل أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم» (م ٢٧٦ عقوبات)، وهذه الأدلة مطلوبة سواء وجه الاتهام للزوج أو للزوجة، إذ أن نص المادة المذكورة تحدثت عن «المتهم بالزنا»[٢]. ومن ناحية ثانية فإن جريمة الزنا كإخلال بواجب الاخلاص تقع في أى مكان، سواء فى منزل الزوجية أو فى غيره. أما الزنا باعتباره جريمة جنائية فلا يعاقب عليه بالنسبة للزوج إلا إذا وقع فى منزل الزوجية، وتعاقب عليه الزوجة أياً كان مكان وقوعه.

---

(١) محكمة ليون ٥ نوفمبر ١٩٥٩ جازيت دى باليه ١٩٦٠-١-١٧٢ حيث اعتقد الزوج بنهائية الطلاق بسبب استلامه شهادة خاطئة بعدم حصول استئناف، وحكم Amiens فى ٧ أكتوبر ١٩٧٤ دالوز ١٩٧٥ ملخص ٢٢. حيث ظلت الزوجة بدون اخبار عن زوجها منذ سنة ١٩٤٠ حتى سنة ١٩٧٢ خاصة وأنها تسلمت خطاباً رسمياً من الدولة يفيدها أن زوجها يعتبر من مفقودى الحرب وأن من حقها أن تطلب معاشاً باعتبارها أرملته.

(٢) د. رءوف عبيد، الإجراءات الجنائية ١٩٨٢، ص ٦٢٥.

فإذا تجاوزنا فعل الزنا باعتباره الصورة القصوى للاخلال بالالتزام بالاخلاص، فإن هذا الاخلال قد يحدث بموجب أفعال أقل من الزنا الفعلى. فقد عرفت الشرائع المسيحية ما يسمى بالزنا الحكمى، ويتحقق إذا سلك الشخص مسلكاً شائناً أخلاقياً بما يحمل على الاعتقاد بارتكاب الزنا، كتردد الزوجة على أماكن الفجور، أو إدارة مسكنها للدعارة، أو وجودها فى أماكن لا تؤمن منها على عفتها (راجع مثلا المادة ٥٦ من شريعة الأقباط الأرثوذكس والمادة ٥٠ من قواعد الأرمن والمادة ١٥ من شريعة الروم).

- وفى فرنسا ثار سؤال هام حول ما إذا كان قيام الزوجة بتلقيح نفسها صناعيا بقصد الانجاب، وبغير موافقة الزوج، يعد اخلالا بواجب الاخلاص؟

يتردد بعض الفقه فى فرنسا فى الجزم بذلك خاصة وأن القانون الفرنسى قد ألغى منذ سنة ١٩٧٥ جريمة الزنا، واقتصر على اعتبار خطأ يستوجب التطليق(١).

---

(١) راجع: Dobkine تعليق فى الأسبوع القانونى ١٩٩٢-٢-١٨٥٧ تحت حكم محكمة باريس فى ٢٩ مايو ١٩٩١ والذى قضى بعدم قبول دعوى نفى نسب ابن الزوجة من تلقيح صناعى لأن الزوج كان قد وافق على هذا التلقيح. وراجع ما قضى به من أن الالتزام بالاخلاص لا يتضمن الاخلاص العاطفى وبالتالى لا يعد اخلالا مجرد تبادل الرسائل العاطفية خاصة إذا كانت الزوجة قد عبرت لزوجها منذ بدء الزواج أن زواجها به قائم على العقل دون أية عواطف خاصة. نقض مدنى ٢ فبراير ١٩٧٢ دالوز ١٩٧٢-٢٩٥. قارن فى أسباب التطليق، فى هذا المؤلف، الزنا وسوء السلوك.

المبحث الثالث

الالتزام بتقديم المساعدة

الجانب المعنوى: يتضمن هذا الالتزام ما يعكس روح المودة والتعاطف بين الزوجين، ويقتضى أن يقدم كل منهما للآخر الدعم الأدبى والعاطفى خاصة فى أوقات الشدة والمرض. وقد نصت المادة ٤٣ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أنه «يجب لكل من الزوجين على الآخر الأمانة والمعاونة على المعيشة والمواساة عند المرض». ونصت المادة ٤٤ على أنه يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى ويجب على المرأة اطاعة زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية. وهذه المعانى الأخلاقية والإنسانية هى من نتائج الزواج ولا تحتاج فى تقريرها إلى نصوص تشريعية، وتقريرها تشريعيا هو من قبيل التأكيد عليها فحسب.

فإذا أخل الزوج بهذا الجانب المعنوى، والسالف ذكره، فإن الاخلال قد يكون مستوجباً للتطليق إذا بلغ حدا من الجسامة أو التكرار مما يعد ايذاء جسيماً، أو كون تهديدا جاداً لصحة الطرف الآخر أو حياته، على النحو الذى سنعرض له عند الحديث عن أسباب التطليق.

الجانب المادى: الالتزام بالانفاق على الزوجة:

الأصل أن يلتزم الزوج بالانفاق على زوجته، وهذا الالتزام مقرر

---

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ١٩٥٧، رقم ١٩٢.

مقابل احتباس الزوجة منذ قيام العلاقة الزوجية مستندة إلى عقد صحيح شرعاً. وقد نصت المادة ٤٥ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أنه يجب على الزوج أن ينفق علي زوجته. كل ما يلزم بأود الشخص فى حالة الاحتياج من طعام وكسوة وسكنى (م ١٣٦) من حيث أن العقد الصحيح» (م ١٤١).

ويتوقف تنفيذ الالتزام بالنفقة على احتباس الزوجة، على وفائها بالالتزام بمساكنة زوجها. ولا يختلف الحكم عند المسيحيين فى هذه المسألة عنه فى الشريعة الإسلامية. ففى الشريعتين النفقة واجبة للزوجة على زوجها باعتبار ذلك من آثار العقد الصحيح. ولذلك تجب على الزوج ولو كانت الزوجة موسرة، لأن سبب الوجوب هو الزواج الصحيح وهو متحقق فى الزوجات جميعاً[1].

ويضاف إلى العقد الصحيح لوجوب النفقة الاحتباس أو الاستعداد له، فإن تخلف كل منها فلا نفقة. وبالتالى فإذا كانت الزوجة مستعدة للاحتباس، استحقت النفقة، سواء انتقلت إلى منزل الزوجية أم لم تنتقل. فقد يحدث أن تكون الزوجة على هذا الاستعداد ومع ذلك يصمم الزوج على الانفصال عنها[2]، أو أنه قام بطردها من المسكن أو منعها من دخوله، أو انسحبت من المنزل لأسباب معقولة كعدم اعداد المسكن

---

(١) الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ١٩٥٧، رقم ١٩٢.

(٢) مجلس ملى الاسكندرية ١٩٥٥/١٢/٣٠ مشار إليه فى مجلد الأحوال الشخصية السالف الاشارة إليه ص ١٣٩.

المناسب أو لاعتدائه عليها بالضرب[١]. **ومن ناحية ثانية** فإن عمل الزوجة للمساعدة فى نفقات الزوجية يعد نشاطاً مشروعاً، وإذا اقتضى خروجها من المنزل فلا تكون مخطئة ولا يسقط حقها فى النفقة. وفى غير هذه الحالة يجب على الزوجة أن تلتزم طاعة زوجها وألا تترك المنزل رغم اعتراضه، وإلا فلا نفقة لها، كذلك الحال لو رفضت السفر مع زوجها إلى جهة تم نقله إليها دون أن يكون لديها سبب معقول ومشروع لهذا الامتناع[٢].

وفاء الزوج بالنفقة إما أن يكون تمكينا وهو الأصل، ومعناه أن يقوم الزوج بالانفاق مباشرة وبنفسه على مقتضيات معيشته المنزلية والزوجية. أما إذا امتنع عن ذلك كانت النفقة «تمليكاً»، أي بأن يقرر القاضى قدر النفقة الواجبة كالتزام على عاتق الزوج، يفى به لزوجته، وتتولى بنفسها مهمة الانفاق (م ١٤٢ من لائحة الأقباط الأرثوذكس).

- وتقدر النفقة بقدر حاجة من يطلبها، أى حالة الزوجة (أو الأبناء أو الأبناء) ويقدر يسار من تجب عليه (م ١٣٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس). وتفرض النفقة لزوجة الغائب من ماله إذا كان له مال

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٥/١٦ مجلد الأحوال الشخصية، ص ١٢٦.

(٢) راجع: استئناف القاهرة ١٩٥٧/٤/١٧ المرجع السابق ص ١٣٠ حيث قضى أن التزام الزوج بالنفقة لا يسقط إلا إذا كانت زوجته قد أخطأت أو أنها انسحبت من المعيشة الزوجية المشتركة لمبرر غير معقول. كما تعنى بأن النشوز مبرر شرعى لسقوط نفقة الزوجة كجزاء على فوات الاحتباس بسبب من جانبها.

(م ١٤٥ مــن ذات اللائحــة)[1] . وفى تقـدير النفـقـة وفـقـاً للمـحـورين السابقين، فإن قدرها يكون قابلا للتعديل بحسب ما يعرض للطرفين من حاجة بالنسبة للزوجة، ومن يسار بالنسبة للزوج. فالتزام الزوج يدور مع قدر يساره أو اعساره، فإن زاد يساره وجب زيادة النفقة، وإن أعسر، أو زاد اعسـاره، وجب خفض النفـقـة. كذلك الحال بالنسـبة لحق الزوجة، إذ مناط قـدرها هو قـدر حاجـتـهـا . إذ يجوز للزوج طلب خفض النفـقـة أو اسقاطها بحسب تطور حاجة زوجته (م ١٣٨ من لائحة الأقباط) .

وحجية أحكام النفقة عموماً هى حجيـة مؤقتة، فهى تزول بزوال دواعـيـهـا ، لأن النفـقـة فـضـلا عن أنهـا تقـدر بقـدر الحاجة إليـهـا ، فـإنهـا مرتبطة بقيام حالة الزوجية، فمتى صدر الحكم على أساس هذه الحالة فإنه يصح القـضـاء بعـدئذ بالكف عن المطالبـة بهـا متى انتـهـت عـقـدة الزواج بالطلاق وانقضت مدة سنة من تاريخه.

التزام الزوجة بالنفقة استثناء:

عـرضت قـواعـد الأقـبـاط الأرثوذكس لمبـدأ التـزام الزوج بالنفـقـة باعـتـبـاره الأصل العـام (م ١٣٥)، ثم نصت المادة ١٤٦ على أن «تجب النفقة على الزوجة لزوجها المعسر إذا لم يكن يستطيع الكسب وكانت هى

---

(١) وقد قضى أن للزوجة أن تنفق من مال الرجل فى غيابه وليس له عليها إلا اليمين إذا نازعها وللسلطة الشرعية حجز أمواله وبيعها تنفيذاً لقضاها عليه بالنفقة: استئناف القاهرة ١٩٥٦/٤/٢٥ المرجع السابق ص ١٣٢.

(٢) نقض ١٩٧٢/٢/٢٤ مجموعة الأحكام س ٤٠ ق ص ١٠٠٣.

قادرة على الانفاق عليه»[١]. وهذا الحكم الأخير يعد خروجاً على الأصل السالف ذكره اقتضته عند الأقباط الأرثوذكس، ظروف الزوجين المالية، في بعض الحالات كما يفسره البعض بأنه انعكاس لواجب المساعدة والدعم المتبادل بين الزوجين اللذين أصبحا بعد الزواج وحدة واحدة وجسداً واحداً، في علاقة الأصل فيها أنها علاقة مؤبدة[٢].

غير أن هذا الحكم الوارد على خلاف الأصل مشروط بشرطين رئيسيين:

الشرط الأول: هو «اعسار الزوج وعدم استطاعته الكسب» حسب تعبير المادة ١٤٦ من قواعد الأقباط الأرثوذكس وحسب تعبير المادة ٢١ من قواعد الأقباط الكاثوليك. والمعنى المستفاد من هذه النصوص هو أن شرط اعسار الزوج، أو عدم قدرته المالية، هو شرط عام ومرن. ويتوقف على تقدير القاضي في كل حاجة تعرض عليه على حدة. ولذلك

---

(١) والمادة ٢٨٥ من قواعد الأرمن الأرثوذكس والمادة ٢١ من قواعد الأقباط الكاثوليك.

(٢) في القانون الفرنسي تفرض المادة ٢١٢ منه على كل من الزوجين واجب المساعدة والنجدة، وهو ما يفرض عند بعض الفقه الفرنسي أن يساهم كل من الزوجين في نفقات المعيشة الزوجية. وقد أضافت المادة ٢١٤ مدني أن الزوجين يتحملا معا الإدارة المعنوية والمادية للأسرة ويسهر على تعليم الأبناء واعداد مستقبلهم. والالتزام بالنفقة مقرر لصالح من هو في حاجة إليها، ومفروض على الطرف القادر على أدائها، وهو يقاس بقدر حاجة أحدهما ويسار الآخر. راجع شهفاليه وآخر، القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الحادية عشرة، ص ٣٠٩ ومابعدها.

فإن كلمة الاعسار، السالف ذكرها، لا تعنى الاعسار بالمعنى الفنى المحدد فى القانون المدنى، بل تعنى الحاجة الاقتصادية بمفهومها الواسع. ولا يهم السبب الذى أدى إلى ضيق ذات اليد بالنسبة للزوج. فقد يكون السبب عاماً يتعلق بالحالة الاقتصادية للبلاد وعدم وجود فرص للعمل مثلا، وقد يكون سبباً خاصاً بالزوج نتج عن افلاسه فى تجارة، أو عن مرض ألم به، أو شيخوخة انقطع بسببها مورد الدخل.

غير أن الزوج لا يجوز له أن يتمسك بانفاق زوجته عليه إذا كان قادراً على العمل ولكنه غير راغب فيه، أو أنه تقاعس عن البحث عن فرص للكسب اعتماداً على ثراء زوجته وقدرتها المالية. والشرط الثانى يتمثل فى قدرة الزوجة المالية، وهو أمر بدهى يقوم على سند الزام الزوجة بالانفاق، إذ لا يتصور أن تلتزم زوجة معسرة بالانفاق على زوج أكثر منها اعساراً !!

ويثور التساؤل حول ما إذا كان هذا الالتزام الاحتياطى على عاتق الزوجة عاماً لدى جميع المسيحيين، أم أنه مقصور على الطوائف التى قررته بنصوص فى لوائحها؟

نعتقد أن الأمر يقتصر على الطوائف التى قررت هذا الالتزام بمقتضى نصوص فى لائحها، وهى الطوائف السالف ذكرها (الأقباط والأرمن الأرثوذكس والأقباط الكاثوليك). أما غيرها فيعود الأصل فى شأنها إلى القاعدة العامة التى تقصر واجب النفقة على الزوج وحده، ولا تلزم به الزوجة ولو كانت زوجة موسرة لزوج معسر، وهذا الحكم الأخير

يتفق مع مذهب الشريعة الإسلامية التى التى لا توجب التزاماً بالنفقة على عاتق الزوجة ولو كانت موسرة، وسواء أكانت مسلمة أو مسيحية[1].

مدى جواز الحكم بنفقة مؤقتة:

إذا توافر سبب استحقاق النفقة للزوجة تحكم المحكمة التى رفعت إليها الدعوى، وفى خلال أسبوعين على الأكثر من تاريخ رفعها، نفقة مؤقتة، بقدر الحاجة الضرورية وذلك بحكم غير مسبب وواجب النفاذ فوراً. ويجوز للزوج عندما يحكم في دعوى النفقة أن يجرى المقاصة بين ما أوفاه للزوجة وبين ما هو مستحق فى ذمته وفقا للحكم النهائى، على ألا يقل ما تقبضه الزوجة عن القدر اللازم لحاجتها الضرورية (م ١٦ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥) ولم يرد فى شرائع الطوائف المسيحية نص مماثل للنص السابق. وبالتالي يثور التساول حول امكانية أن تطلب الزوجة المسيحية نفقة مؤقتة على النحو السابق.

نعتقد أن ذلك جائز تماماً، لأن الأمر ليس أمر مجرد حكم موضوعي لا يطبق على غير المسلمين الخاضعين لشرائعهم الخاصة، وإنما هو أمر إجراء قضائى لاسعاف الزوجة بنفقة مؤقتة إلى أن يقضى لها بصفة نهائية. ومناط اتباع هذا الطريق ليس هو الشريعة الواجبة التطبيق، إنما مناطه أن ترفع إلى القضاء دعوى بالنفقة تتوافر فيها شروط وضوابط

---

(١) راجع: محمد أبو زهرة، السابق، ص ٢٦٩.

الاستحقاق، فتطلب المدعية أن يحكم لها بنفقة مؤقتة تفى بحاجتها الضرورية. وهذا المناط يتوافر، شأنه شأن الالتزام بالنفقة ذاته، بالنسبة لجميع الزوجات مسلمات كن أو غير مسلمات، ولا شأن له فى تقديرنا بالقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق.

مدى جواز الحكم بنفقة عدة للذمية؟

ثار هذا السؤال بسبب أن بعض طوائف المسيحيين كانت لا تعرف نظام العدة، لذلك ذهب رأى إلى أنه لا يجوز للزوجة المسيحية فى هذه الحالة أن تطلب نفقة عدة. وقد قضت إحدى المحاكم الجزئية فى شأن الأقباط الأرثوذكس أنه: «ومن حيث انه من كل ما تقدم وكانت لائحة الأقباط الأرثوذكس ١٩٣٨ هى الواجبة التطبيق بين طرفى التداعى ولم تورد نصوصاً تستخلص منها المحكمة أن المطلقة الذمية تعتد أو أن لها نفقة عدة وأن أحكام القضاء قد خلت من أن للذمية المطلقة نفقة عدة، الأمر الذى لا تجد معه المحكمة مناصاً من اعتبار المدعية قد أقامت دعواها على غير أساس من القانون خليقة بالرفض»(١).

ويعود هذا الأمر إلى الاختلاف حول مدى التزام الذمية بالعدة، وأثر المخالفة على الزواج اللاحق. ويذهب أبو حنيفة والصاحبان إلى أن الزواج الذي يحدث في عدة مسلم يقع فاس[illegible]كم القاضى بابطاله، لما

---

(١) محكمة شبرا الجزئية (ملى) فى ١٩٨٦/١/٢٧ فى الدعوى رقم ٧١٦ سنة ١٩٨٥.

فيه من اعتداء على حق المسلم، وهو ما يجب رفعه ولو تقادم العهد. أما إذا كان الزواج فى عدة غير المسلم، فإن أبا حنيفة يراه صحيحاً ويقره حتى لو أسلما أو أسلم الزوج فيما بعد. وحجة الإمام أبى حنيفة أنهم لا يخاطبون بأحكام الإسلام ماداموا لم يدخلوا إليه، فلا يمكن جعل العدة لازمة فى حقهم ولا فى حق الشرع إذ لا يدينون به، ولا جعل العدة لازمة لحق الزوج لأنه لا يعتقده. فى حين يرى الصاحبان أن العدة لازمة بحكم الشريعة الإسلامية، وهم يخاطبون بها. وقد أجمع عليها فقهاء المسلمين، غير أن أثر الحكم بالبطلان لا يظهر إلا إذا ترافعا للقاضى المسلم، أو أسلم الزوجان أو أسلم الزوج. أما قبل ذلك فيتركون وما يدينون[1].

ونعتقد من جانبنا أن شرط الالتزام بالعدة هو أمر متعلق بالنظام العام ولا يجوز طرحها بأى حال أمام القضاء المصرى. وبالتالى فإن الزوجة الذمية تظل ملتزمة بها قانوناً، رغم عدم النص على ذلك فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق. وإذا كان الأمر كذلك فإن الزوجة تظل محبوسة حكماً - فى رأينا - كأثر من آثار عقد الزواج رغم انتهائه. وبالتالى فهى تستحق نفقة العدة كاملة غير منقوصة.

جزاء الاخلال بالالتزام بالنفقة:

النفقة مقابل احتباس الزوجة وقيامها بواجبها تجاه زوجها فى حدود الشرع والقانون. فهى حق لها، وواجب على زوجها. وإذا امتنع

---

(١) راجع: محمد أبو زهرة، السابق، ص ٣٠٣.

الزوج عن الانفاق على زوجته غير الناشز، تعرض للمساءلة المدنية وكذلك لمساءلة لجنائية.

- أما المساءلة المدنية، فتتمثل فى استخدام الوسائل القانونية للمطالبة بالنفقة ثم الحصول على حكم بها ينفذ جبراً على أموال المدين، وفقاً للقواعد المقررة فى قانون المرافعات. ولا يسقط الحق فى النفقة إلا بالوفاء، أو الابراء، أو التقادم. وفى شأن التقادم وضع المشرع حداً أقصى للمطالبة بدين النفقة إذ أ[illegible] قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ألا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى. وقد قدر المشرع في هذا الحكم أن تراكم دين النفقة أمر غير مستحب بين الزوجين وأن علي الزوجة أن تبادر إلى طلب حقها دون ابطاء، خاصة وأن لدين النفقة طابعاً حيويا[1] لا يحتمل أن تسكت عنه صاحبته إذا كانت فى مسيس الحاجة إليها. وهذا القيد الزمنى مقصور على دين نفقة الزوجة لا يتعداه إلى غيره من النفقات. وهذا الحكم يطبق على غير المسلمين لتعلقه بمسألة إجرائية تتعلق بمبدأ تخصيص القضاء ومنعه من سماع الدعوى فى حالات محددة.

- أما المساءلة الجنائية فتتمثل فى حق الزوجة فى أن تستصدر حكماً بحبس زوجها إذا امتنع عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها قضائياً. ولكن جدلا ثار حول تطبيق هذا الجزاء على غير المسلمين. وذلك على

---

(١) يلاحظ أن القانون المدنى اعتبر أن دين النفقة ديناً ممتازاً (م ١١٤١ مدنى).

التفصيل الآتي: نصت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه «إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات أو أجرة الحضانة أو الرضاعة أو المسكن، يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي أصدرت الحكم، أو التي بدائرتها محل التنفيذ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمتثل، حكمت بحبسه، ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما، وإذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله، وهذا لا منع تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية». ويلاحظ على هذا النص أن مناط الحكم بالحبس، هو صدور حكم بالنفقة واجب النفاذ. فمجرد استحقاق النفقة لا يكفي، فلابد من صدور حكم قضائي بها[1]. ثم يجب على المحكمة قبل أن تحكم بالحبس أن تتحقق من قدرة الزوج المالية على الوفاء بالدين، فإذا كان ظاهر الاعسار، أو حالت ظروف قهرية طارئة دون قدرته على الوفاء انتفت امكانية الحبس. ثم يجب على المحكمة أن تأمر الزوج المدين بالوفاء فلا يمتثل لأمرها. ويلاحظ أن حبس الزوج لامتناع عن الوفاء، على النحو السابق، لا يسقط الدين من على كاهله، إذ يبقى قائما وقابلا للتحصيل بالطرق القانونية العادية. وأخيراً، يخلى سبيل المدين، ولو قبل قضاء مدة العقوبة، إذا أوفى بالدين، أو قدم كفيلا للوفاء به.

---

(١) مع ملاحظة أن الأحكام الصادرة بالنفقة تصدر مشمولة بالنفاذ المعجل، حتى ولو كانت غير نهائية.

وقد دعمت هذا الاتجاه المتشدد السابق، فى صدد دين النفقة المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات حيث نصت على ما هو أشد من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية: «كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ يدفع نفقة الزوجة، أو نفقة أقاربه، أو أصهاره، أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن، وامتنع عن الدفع رغم قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصرى، أو بإحدى هاتين العقوبتين ولا ترفع [illegible] عليه إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن. وإذا رفعت بعد الحكم دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد على سنة[1]. وفى جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد فى ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة».

واستكمالا للتنسيق بين المادتين السابق الاشارة إليهما، نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون ٩٢ لسنة ١٩٣٧ على أنه «لا يجوز فى الأحوال التى تطبق فيها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير فى الإجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات، ما لم يكن المحكوم له بالنفقة أو بأجر الحضانة أو الرضاعة أو المسكن قد استنفد الإجراءات المشار إليها فى المادة ٣٤٧ المذكورة».

- وفى صدد التساؤل حول تنفيذ الاكراه البدنى الوارد فى لائحة

---

(١) أى أن الحبس فى حالة العود يكون وجوبيا.

ترتيب المحاكم الشرعية (م ٣٤٧) على غير المسلمين، ذهب رأى إلى عدم جواز ذلك على أساس أن هذا الاكراه البدنى (الحبس) لا يقوم على مجرد رفض هذا الزوج لأداء النفقة، بل ان الأمر يقتضى أن تتقدم الزوجة إلى القاضى الذى أصدر الحكم أو الذى بدائرته محل التنفيذ، لكى يتحقق من توافر شروط الحبس (السالف ذكرها)، وبالتالى فالمسألة ليست خاصة بإجراء من إجراءات التنفيذ، وإنما حقيقتها أنها تطبيق لقاعدة موضوعية فى الشريعة الإسلامية[1].

والحقيقة – فى رأينا – أن هذا الرأى السابق لا يصادفه الصواب لأن القاضى لا يأمر بالحبس إلا إذا كان هناك حكم قضائى واجب النفاذ، ولم يقم المدين بتنفيذه (بالاضافة إلى الشروط الأخرى). وبالتالى فإن الأمر يتعلق بتنفيذ الحكم، ولذلك وردت المادة ٣٤٧ من لائحة المحاكم الشرعية فى الكتاب الخامس الخاص بتنفيذ الأحكام. فالأمر إذن يتعلق بالإجراءات وليس بالقواعد الموضوعية. **ومن ناحية ثانية**، فإن غير المسلم لو خرج جدلا عن نطاق المادة ٣٤٧ سالفة الذكر، فإنه يقع تحت طائلة المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات بحسبانها واجبة التطبيق على جميع المصريين. وبالتالى فإن الرأى المنتقد المشار إليه، يضحى بغير هدف فيما ذهب إليه من عدم تطبيق المادة ٣٤٧ من اللائحة على غير المسلمين، خاصة وأن هذا الرأى ذاته يسلم بتطبيق المادة ٢٩٣ عقوبات

---

(١) راجع: محمد نمر وألفى بقطر، المرجع السابق ص ٦٥، ٦٦.

على الجميع، وأن المادة الأولى من المرسوم بقانون ٩٢ لسنة ١٩٣٧ قد ربطت بين النصين فى التطبيق على نحو ما سبق أن أشرنا إليه.

وحاصل كل ذلك أن المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تطبق على غير المسلمين بشروطها وضوابطها الواردة فيها.

المبحث الرابع
تسوية الآثار المتعلقة بالزواج
بعد انحلاله

إذا انقضت العلاقة الزوجية بالتطليق أو البطلان أو الفسخ، بحسب الأحوال والطوائف، وجب تصفية المسائل المعلقة بينهم والمرتبطة بالزواج باعتباره مركزاً قانونياً معقد التركيب ومتعدد الآثار.

وتنقسم هذه الآثار إلى آثار متعلقة بالأموال، وآثار متعلقة بالأبناء، وفى اطار الأموال يجب البحث فى النظام القانونى لتصفية الأوضاع المتعلقة بالمهر والدوطة وجهاز الزوجية.

أما بالنسبة للأبناء، فإن الأمر يتعلق بالاشراف على تربية الأبناء، خاصة وقد انفصل الزوجان، وأصبح كل منهما فى واد مختلف، وهو ما يثير مسألة الضم والحضانة والولاية على النفس.

أولا: تسوية الآثار المالية الناجمة عن الصداق:

١ - المهر:

قد تثور مشكلة المهر عند التفريق بين الزوجين، فقد يدفع الزوج

مبلغاً من المال لزوجته ولا يتم اكمال الزواج. وقد يعد الزوج زوجته بمهر ولا يفى به. وفى بعض الحالات يكون الاتفاق على المهر فى عقد الخطبة، فما هو التنظيم القانونى لاستحقاق الزوجة للمهر حال الخلاف، خاصة بمناسبة التفريق بينها وبين زوجها.

تنص المادة ٦٩ من شريعة الأقباط الأرثوذكس على أن «ليس المهر من أركان الزواج فكما يجوز أن يكون الزواج بمهر، يجوز أن يكون بغير مهر». كما نصت المادة ٧٠ على أنه يجب «المهر المسمى فى عقد الخطبة للزوجة بمجرد الاكليل فى الزواج الصحيح» ثم نظمت النصوص التالية قبض المهر، ومصيره فى حالة بطلان الزواج وحالة الطلاق.

ويتضح من النصوص السابق ذكرها أن المهر ليس من شروط الزواج الصحيح[1]، وليس حكماً من أحكامه، أو أثراً من آثاره القانونية[2].

ومع ذلك، فالمهر مباح إذا تم الاتفاق عليه بين الزوجين، ويصبح فى

---

(١) وذلك بخلاف الشريعة الإسلامية التى تعتبر المهر أثراً من آثار الزواج ولكنه ليس شرطاً لصحته بمعنى أن العقد ينعقد ولو لم يذكر المهر، ولكن بانعقاد العقد يصبح المهر ملزماً للزوج ولو اتفق الزوجان على خلاف ذلك وهو ليس بدلا أو عوضاً (كما فى عقود المعاوضات) ولكنه صدقة بمعنى عطاء يمثل هدية الزوج لزوجته «وآتوا النساء صدقاتهم نحلة».

(٢) يلاحظ أنه لا يوجد، بالتالى، قدر أو حد أدنى للمهر، فهو متروك تماماً لحرية الطرفين، سواء فى تحديد قدره، أم تنظيم كيفية أدائه سواء جملة واحدة أو مقسطاً بين معجل ومؤجل، ويجوز أن يتفق علىّ استحقاقه كله عند أقرب الأجلين الطلاق أو الوفاة. وعند السريان الأرثوذكس تفضل قلة المهر على كثرته (م ٢١ من لائحة السريان الأرثوذكس».

هذه الحالة واجب الأداء، والتزاماً اتفاقياً ملحقاً بالعقد. ويثبت للزوجة بالتالى حقها فى قبضه بنفسها أو بوكيل عنها إذا كانت رشيدة، ويقبضه عنها الولى أو الوصى إذا كانت قاصراً (م ٧١ من لائحة الأقباط الأرثوذكس). وإذا توفيت الزوجة قبل قبض المهر، آل الحق فيه للورثة، فمن حق هؤلاء مطالبة الزوج به بعد خصم نصيب الزوج ميراثاً فى هذا المهر (م ٧٢ من اللائحة السابقة).

– غير أن هذا المهر، على النحو السابق، لا يستحق إلا بموجب العقد الصحيح من حيث المبدأ، وهو ما أفصحت عنه صراحة المادة ٦٩ سالفة الذكر.

ومع ذلك فإن المادة ٧٣ فرقت فى حالة بطلان عقد الزواج بين فرضين: **الأول**: أن يكون البطلان آتياً من قبل الرجل وكانت المرأة تعلم به، وفى هذه الحالة لا مهر لها. أما إذا كانت لا تعلم به فلها مهرها. وفى **الفرض الثانى** يكون سبب البطلان آتياً من جهة المرأة، والرجل يعلم به، فلها الحق فى المهر. أما إذا كان الرجل لا يعلم بسبب البطلان فإن حق الزوجة فى المهر يسقط.

– ثم عرضت المادة ٧٤ من لائحة الأقباط الأرثوذكس لحالة الطلاق، وتأثير سبب الطلاق على مصير المهر. فنصت هذه المادة على أحقية الزوجة فى مهرها إذا كان سبب التطليق قهرياً لا دخل فيه لإرادة أحد الطرفين (كالمرض). أما إذا كان سبب التطليق غير قهرى، فإن كان سبب التطليق من قبل الرجل (كالزنا) استحق المهر لزوجته، فإذا كان سبب

التطليق من جهة الزوجة فلا حق لها في المهر.

- وعند السريان الأرثوذكس، فرقت لائحتهم في شأن استحقاق المهر بين حالة التفريق الإرادي، والتفريق بسبب قهري.

ففي *الحالة الأولى* إذا كان السبب الإرادي من جانب الزوج كان للزوجة مهرها مع استحقاقها لما يساوي ثلث القيمة بصفة تعويض لها. أما إذا كان السبب الإرادي من جهتها فإنها لا تستحق شيئاً من المهر.

وفي حالة *التفريق بسبب قهري* يفرق أيضا بين إذا ما كان من جهة الرجل، وفي هذه الحالة تستحق الزوجة مهرها سواء طرأ بعد الزواج، أو كان قائماً قبل الزواج، علمت به المرأة أو لم تعلم. أما إذا كان السبب القهري من جهة المرأة فلا تستحق مهراً.

- أما عند البروتستانت فيتوقف مصير المهر علي سبب التفريق، فإذا كان بخطأ من جانبها سقط حقها في المهر، أما إذا كان السبب خطأ من جانب الزوج، فإنها تستحق مهرها، بالاضافة إلى ما قد يحكم لها به من تفويض (م ١٦ من لائحة الانجيليين).

٢ - الدوطة:

يطلق وصف الدوطة على القيمة المالية التي تقدمها الزوجة إلى زوجها، وقد تكون نقوداً أو عقاراً أو منقولا (وتسمى أيضاً البائنة). والهدف من هذه التقدمة هي مساعدة الزوجة لزوجها في تحمل أعباء المعيشة الزوجية. ولا تعد الدوطة، بالمعنى السابق، ركناً في الزواج أو شرطاً من شروط صحته.

ويظل العقار، أو المنقول، المقدم من الزوجة ملكاً لها . ويتسلمه الزوج لكى يديره[1] ويستغله لمصلحة الانفاق على المعيشة المشتركة. ولكن ملكية الزوجة للمال المذكور لا تخولها سلطة التصرف فيه طالما كانت العلاقة الزوجية قائمة ما لم تقم ظروف تقتضى حتمية هذا التصرف، كأن تخشى علي المال من الهلاك، لو بقى تحت يد الزوج، أو إذا اقتضت ظروف الزوجة أن تمارس به تجارة يعجز الزوج عن ممارستها .

وللزوجة عند انحلال الزواج أن تسترد الدوطة دون أى عائق قانونى، وفى حالة التطليق والاسترداد يخصم من المال ما يكون الزوج قد أنفقه لمصلحة المعيشة المشتركة.

وفى حال وفاة الزوجة، فإن الدوطة تكون جزء من تركتها توزع على ورثتها ومنهم الزوج، كل بحسب نصيبه الشرعى.

- وقد عرضت محكمة النقض للدوطة فى بعض أحكامها فقررت «أن الدوطة ليست ركناً من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه، إذ الزواج يتم صحيحاً بدونها . وإذا تعهدت الزوجة أو أحد من أهلها بدوطة للزوج فلا يترتب علي الامتناع عن دفعها إليه فسخ الزواج، بل يكون له فقط حق المطالبة بها على أساس أن التعهد بها يتولد عنه التزام مدنى. فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد الزواج وما يتعلق به. ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية. وإن كان القانون المصرى

---

(١) على أن يلتزم بحفظه وصيانته، ولكنه، أى الزوج، ليس ضامناً لهلاك شئ منه.

قد خلا من نصوص خاصة بالدوطة ففي وسع المحاكم عملا بالمادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن تتبع قواعد القانون العامة أو قواعد العدالة، القانون الطبيعي، والعرف الجاري بين الناس»[1].

٣ - الجهاز:

الجهاز هو ما يوضع في منزل الزوجية من منقولات، أثاث وأجهزة، تلزم لاعداد المنزل للمعيشة المشتركة.

وقد نظمت المواد ٧٥ حتى ٨١ من لائحة الأقباط الأرثوذكس مسألة الجهاز بشئ من التفصيل.

فقد نصت المادة ٧٥ على أن الزوجة لا تلتزم بتجهيز منزل الزوجية، بل هي لا تلتزم حتى ولو تقاضت مهراً: «ولا تجبر على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره». وقد رتب النص على هذا المبدأ نتيجة هامة هي أنه لا جناح على الزوجة إذا زفت إلى زوجها بغير جهاز، أو زفت بجهاز لا يتناسب مع ما دفعه الزوج من مهر: «فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشئ منه ولا تنقص شئ من مقدار المهر الذي تراضيا عليه» (م ٧٥).

---

(١) نقض ٢٧ يونيو ١٩٤٣، مجموعة عمر، الجزء الرابع، القاعدة ٦٤ ص ١٧٠، وراجع: أحمد سلامة، السابق، رقم ٢٠٤ الذي يصف الاتفاق على الدوطة بأنه عقد غير مسمى.

ملكية الجهاز في علاقة الأب بابنته:

– نظمت المواد ٧٦، ٧٧، ٧٨ من لائحة الأقباط الأرثوذكس علاقة الأب بجهاز ابنته في ثلاثة فروض. في الأول: إذا قام الأب بتجهيز ابنته من مهرها، وبقى شئ منه عنده فلها مطالبته به (م ٧٨). وفي الفرض الثاني: إذا كان ثمن الجهاز من مال تبرع به الأب لابنته الرشيدة، فإن الحكم في أيلولة الجهاز وملكيته متوقف على التسليم، فقبل تسلم الزوجة لشئ من الجهاز لا تستطيع هي أو زوجها المطالبة بشئ منه، أي أن نهائية التبرع وملكية الزوجة للجهاز لا تتم إلا بالقبض. وعلى العكس إذا تبرع الأب بالجهاز أو قام بالتسليم حال حياته، أصبح ملكاً للابنة (الزوجة)، وليس للأب بعد ذلك، ولا لورثته من بعده سبيل عليه (م٧٦). أما الفرض الثالث، فقد عرضت له المادة ٧٧، وهو أن يشترى الأب مباشرة من ماله في حال حياته جهاز ابنته القاصر، وفي هذه الحالة تمتلك الابنة الجهاز بمجرد شرائه[1]، وليس له أو لورثته أخذ شئ منه»[2].

ملكية الجهاز في علاقة الزوجة بزوجها:

– أشرنا فيما سبق إلى أن شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تجبر الزوجة، من ناحية، على تأثيث منزل الزوجية، ومن ناحية أخرى فإن هذه

---

(١) حيث تتسلم أصالة عن نفسها لبلوغها سن الرشد.

(٢) لأنه يتسلم نيابة عن ابنته القاصر باعتبار أنها مشمولة بولايته.

الشريعة لم تربط بين المهر حال الاتفاق على وجوبه وبين ملكية الجهاز على أى نحو كان. وقد نصت المادة ٧٩ على أن الجهاز ملك المرأة وحدها، وأنه لا حق للزوج فى شئ منه، وغاية الأمر أن للزوج أن ينتفع بالأثاث الذى تضعه الزوجة فى منزل الزوجية. وقد أضاف النص السابق ذكره أن الزوج إذا اغتصب شيئاً من الجهاز، حال قيام الزوجية، أو بعد انقضائها بالتفريق بينها، فإنه مسئول عن ذلك، كما أنه مسئول عن قيمة ما يهلك أو يستهلك عنده. غير أن تلك الملكية المشار إليها وهذه المسئولية إنما تقوم على افتراض أن الزوجة هى صاحبة الجهاز، الذى أتت به وزودت به منزل الزوجية. غير أن هذا الافتراض قد يكون مثاراً للمنازعة بين الزوجين، سواء أثناء قيام الزوجية أو بعد انفصامها. وتحل هذه المنازعة ابتداء إذا قدم أحدهما دليلا قانونياً يحسم وجه الخلاف فى شأنها وهو ما يحدث عندما يقدم الزوج دليلا على أنه هو صاحب الجهاز وأنه اشتراه من ماله الخاص، أو أن تقدم الزوجة دليلا على أن كل ما فى المنزل من مالها الخاص.

فإذا لم يقدم دليل على النحو السابق، طبقت القرينة الواردة فى المادة ٨٠ من لائحة الأقباط الأرثوذكس وهى: أن ما يصلح للنساء عادة يكون للمرأة، وأن ما يصلح للرجال[1] أو لهما معاً، يكون

---

(١) يلاحظ أن فى الفقه الإسلامى رأيين متعارضين فى شأن الجهاز، أحدهما فى المذهب الحنفى وهو أن إعداد منزل الزوجية على الزوج، إذ عليه النفقة بكل أنواعها ومنها نفقة المسكن ولا علاقة لهذا الأمر بالمهر، لأن المهر ليس عوض الجهاز، فالمهر، كما =

للزوج[1] كل ذلك ما لم يثبت أي منهما عكس مفاد هذه القرينة.

ويلاحظ أن القرينة المذكورة قد رجحت مصلحة الزوج بالنسبة للمنقولات التي تصلح للاستعمال المشترك (أي للزوجين معا) فاعتبرتها ملك للزوج ما لم تقدم الزوجة دليلا على العكس. غير أن هذا الترجيح وتلك القرينة، إنما يكونا إذا قام النزاع حال حياة الزوجين، أثناء قيام الزوجية أو بعد انقضائها.

أما في حالة الوفاة وقيام النزاع بين أحد الزوجين وورثة الآخر فقد نصت المادة ٨١ من اللائحة المشار إليها على أنه «إذا مات أحد الزوجين، ووقع نزاع في متاع في البيت بين الحي وورثة الميت فما يصلح للرجل

= سبقت الاشارة نحلة وعطاء، وهو ملك خالص للزوجة. وليس في الشريعة دليل على ما يوجب الجهاز على الزوجة. والثاني هو المذهب المالكي ويذهب إلى أن الجهاز حق على المرأة ولكن في حدود ما قبضته من مهرها وما تجرى به العادة بين أمثالها. فإن لم تقبض مهرا فلا يجب عليها جهاز (إلا إذا ألزمها بذلك عرف أو اتفاق). وفي مصر يطبق المذهب الحنفي وبالتالي فليس على الزوجة جهاز إلا أن تكون متبرعة به. وإذا جهزت المرأة نفسها فالجهاز ملك لها. وإذا اختلف الزوجان في مصر حول الجهاز وملكيته، فما يصلح للرجال فالقول فيه للزوج بيمينه. وما يصلح للنساء فهو للزوجة بيمينها. أما ما يصلح لهما معا، فالأمر أنه بينهما نصفان. وقال أبو حنيفة ومحمد ان القول للزوج لأن المسكن له وتحت سلطانه حيازة وتصرفا في حين أن يد المرأة حافظة كيد الوديع وبالتالي فالظاهر يشهد للزوج. أما أبو يوسف فذهب إلى أن القول للمرأة إلى جهاز مثلها، إذ انها لا تدخل المنزل إلا بما يليق بمثلها، فكان الظاهر شاهدا لها. وفيما عدا ذلك فالظاهر يشهد للرجل؛ راجع: محمد أبو زهرة، السابق، رقم ١٩٠، وعبد الناصر العطار، السابق، رقم ٧٧.

(١) ذات الحكم في المادة ٨٣ من لائحة الأرمن الأرثوذكس.

والمرأة يكون للحى منهما عند عدم البينة».

ومعنى ذلك أنه عند وفاة أحد الزوجين، فالقرينة (عند غياب الدليل) تكون لمصلحة من بقى على قيد الحياة منهما فى كل ما يصلح للرجل والمرأة فى آن واحد[١].

وأخيراً، وعند البروتستانت، نصت المادة ١٦ من لائحة الانجيليين على أنه «إذا كانت علة المفارقة فى الزوجة فلها متاعها «فقط» المزودة به من بيت أبيها خاصة، وإلا فلها متاعها ومهرها أيضاً».

ثانيا: آثار الطلاق المتعلقة بالأولاد:

تنصرف مشكلات الأبناء عند الطلاق إلى أمرين هامين: **الأول** يتعلق بمسألة الحضانة، لمن تثبت، وما هى شروط ثبوتها، وحالات انتهائها. ويتعلق **الثانى** بأحكام الولاية على النفس.

أ - الحضانة:

ويقصد بها حفظ الطفل وتربيته حتى يبلغ سناً معينة، وهى بالتالى نوع من الولاية ينصرف إلى التربية، وللحضانة أدوار حسب

---

(١) ذات الحكم في المادة ٨٤ من لائحة الأرمن الأرثوذكس. ويلاحظ أن قواعد السريان الأرثوذكس قد انفردت (م ١٠١) بحكم بربط بالنسبة للمرأة بين الحق فى الجهاز والمهر وسبب الطلاق، فإذا كان السبب خطأ من جانبها كالزنا أو الغش ضد الزوج فإن للزوج أن يأخذ جهازها وقيمة المهر من باقى أموالها الخاصة وذلك ان لم يكن له أولاد منها. أما إذا كان للزوج أولاد منها فإن للزوج الحق فى الجهاز وتحفظ باقى أموالها للأولاد. وواضح المعنى المعقابى فى هذا الحكم.

السن. وهى فى دورها الأول تثبت للنساء، إذ الطفل فى سنوات سنه المبكرة أحوج ما يكون إلى من يعتنى به ويتحمل تربيته. والأم هى أولى الناس استحقاقاً لهذه المهمة، وهى حق لها وواجب عليها. ثم يليها من هى أقرب إلى الصغير من غيرها.. على تفصيل ما أوردته المذاهب والطوائف المختلفة، ويلاحظ أنه عند غياب النص أو نقصه تطبق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأن هذه المسائل.

المذهب الأرثوذكسى:

١ - عند الأقباط الأرثوذكس، نصت المادة ١٢٢ على أن «الأم أحق بحضانة الولد، وتربيته حال قيام الزوجية وبعدها. وبعد الأم تكون الحضانة للجدة لأم ثم الجدة لأب ثم لأخوات الصغير، وتقدم الأخت الشقيقة ثم الأخت لأم ثم الأخت لأب ثم لبنات الأخوات بتقديم بنت الأخ لأبوين ثم لأم ثم لأب، ثم لبنات الأخ كذلك، ثم لخالات الصغير، وتقدم الخالة لأبوين ثم الخالة لأم ثم لأب، ثم لعمات الصغير كذلك. ثم لبنات الخالات والأخوال، ثم لبنات العمات والأعمام ثم لخالة الأم ثم لخالة الأب، ثم لعمة الأب ولعمة الأم بهذا الترتيب». فإذا لم يوجد من هؤلاء أو وجد ولم تتوافر فيه الشروط القانونية، انتقلت الحضانة إلى الأقارب من الذكور بدءا بالأب ثم الجد الصحيح...»[1].

---

(١) نصت المادة ١٥٣ على أنه «إذا لم يوجد للصغير قريبة من النساء أهل للحضانة تنتقل إلى الأقارب من الذكور، فيقدم الأب ثم الجد لأب ثم الجد لأم ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب ثم الأخ لأم ثم بنو الأخ الشقيق، ثم بنو الأخ لأب ثم بنو الأخ لأم، ثم العم الشقيق، ثم العم للأب، ثم العم لأم، ثم الخال لأبوين، ثم الخال لأب، ثم الخال لأم، ثم أولاد من ذكروا بهذا الترتيب».

فإذا انتفى وجود أى من الفئات الواردة فى اللائحة فللقاضى أن يعين حاضنة تتوافر فيها الشروط الشرعية، سواء من الأقارب أو من غيرهم.

وأخيراً إذا تساوى شخصان من مرتبة واحدة، فى استحقاق الحضانة، أسندها القاضى لمن يرى أنه الأصلح بينهما. ويلاحظ أن المادة ٦٧ من قواعد الأقباط الأرثوذكس قد ربطت - فى حالة الطلاق - بين الحق فى الحضانة وسبب الطلاق: فتكون حضانة الأولاد للزوج الذى صدر حكم الطلاق لمصلحته ما لم يأمر المجلس بحضانة الأولاد أو بعضهم للزوج الآخر أو لمن يليه. وفى جميع الأحوال يحتفظ كل من الأبوين بالحق فى الملاحظة والتربية.

وتنتهى حضانة النساء ببلوغ الولد سن التاسعة، وبالنسبة للبنت ببلوغ الحادية عشرة. وعندها يسلم الصغير إلى أبيه، فإن لم يوجد، فإلى من يليه فى الولاية على النفس (م ١٣٤ من لائحة الأقباط الأرثوذكس).

٢ - عند السريان الأرثوذكس تعرضت لائحتهم لمسألة الحضانة. ويبدو أن نصوصها قد خلطت بين مسألة الحضانة والولاية على النفس، إذ تنص المواد ١٥٨ و١٥٩ من لائحتهم على ثبوت الولاية على النفس للأب ثم للجد الصحيح ثم للأخ الأرشد ثم للعم ثم لابن العم ثم للأم ما لم تتزوج، ثم لمن تعينه المحكمة من باقى الأقارب ان وجدوا، وإلا فمن غيرهم. ثم تعرضت هذه اللائحة لوضع الأبناء عند «فسخ» الزواج،

فربطت بين السبب فى الفسخ (التطليق) والاحتفاظ بالأبناء. فإذا كان سبب التطليق خطأ من الزوج انعقدت الحضانة والتربية للأم ما لم تعين السلطة الدينية «ولياً» على الأبناء من أقاربهم. أما إذا كان التفريق بسبب خطأ الزوجة انعقدت الحضانة والتربية للأب ما لم يقم به مانع، وإلا آل أمر التحديد للرئيس الدينى. وفى حالة التفريق لسبب مشترك، فالرضاعة للأم والتربية والاتفاق على عاتق الرجل.. فإذا كان السبب المشترك مما يخشى منه على حياة الأولاد ودينهم وتربيتهم وأموالهم فللرئيس الدينى أن يقرر ما يراه مناسبا[1].

٣ - عند الأرمن الأرثوذكس: نظمت موضوع الحضانة المواد ١٠٩ وما بعدها من لائحتهم. فقد نصت المادة ١٠٩ على أن «تحضن الأم ولدها أثناء الزواج وبعد فسخه إلى أن يبلغ السابعة ان كان ذكراً أو كانت أنثى. وللمحكمة أن ترفع سن الحضانة إلى التاسعة بالنسبة للذكر وإلى الحادية عشرة بالنسبة للأنثى».

ويشترط لعقد الحضانة للأم على النحو السابق أن تتوافر فى الأم شروط الحضانة. فإذا تخلفت فى الأم هذه الشروط، أو إذا توفيت، كانت الحضانة للأقرب من النساء إلى المحضون، على الترتيب الآتى: الجدة لأم - الجدة لأب، الأخت، الخالة، العمة، بنت الخالة، بنت العمة .... الخ. وإذا لم يوجد للمحضون أقرباء من النساء انعقدت الحضانة للأقرباء من

---

(١) راجع أحمد سلامة، السابق، رقم ٢٠٧، عبد الناصر العطار، السابق، رقم ١٥٤.

الرجال المنصوص عليهم فى المادة ١٠٦ (١).

المذهب الكاثوليكى:

لم تتضمن نصوص الإرادة الرسولية أحكاماً تتعلق بالحضانة. وعند طوائفهم، تعرضت لهذه المسألة لائحة الأقباط الكاثوليك، حيث نصت المادة ٤٩ منها على أن «الحضانة توجب حفظ الأولاد والاعتناء بهم مادياً وأدبياً حتى سن السابعة للولد والبنت سواء بسواء» ثم أضافت المادة ٥١ أن الحضانة تنعقد للأم إذا توافرت فيها شروط الحاضنة، وإلا فلمن يليها فى القرابة من جهة الأم بشرط ألا تتعدى قرابتها الدرجة الثالثة. وعند التساوى تقدم الأصول على الحواشى، ومن بعد الأم تكون الحضانة للعصبيب بترتيب أولويتهن فى الميراث، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء ينعقد الأمر للمجلس، أى للمحكمة فى ظل الوضع الحالى فى مصر.

المذهب البروتستانتى:

نصت المادة ٢٠ من لائحة الإنجيليين على أن زمن الرضاعة سنتان من يوم الولادة كما نصت المادة ٢٢ على أن زمن الحضانة من نهاية زمن الرضاعة إلى بلوغ الطفل سبع سنين ويشترط بداءة ان تتوافر فى الأم

---

(١) تنص المادة ١٠٦ من لائحة الأرمن الأرثوذكس على أنه «إذا توفى الأب أو الأم تكون السلطة الأبوية لمن يعينه من مات منهما أخيراً. أو لأدنى الأقرباء إلى الولد بالترتيب الآتى: الجد الصحيح - الجد لأم - العم - الخال - أولاد من ذكروا بنفس الترتيب. وعند عدم وجود أحد هؤلاء تكون للشخص الذى تعينه المحكمة.

الحاضنة الشروط الشرعية فإذا لم تتوافر هذه الشروط آلت الحضانة لأم الأم المسيحية ثم للأب المسيحى، ثم للأقرب من أقارب الأب المسيحيين، ثم لأقارب الأم المسيحيين، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء فمن تعينه السلطة المختصة (م ٢٤).

شروط الحضانة:

تقوم الحضانة على الرحمة والرعاية، فضلا عن المسئولية فى حق من يقوم بها. لذلك فلا يكفى أن يكون من يطالبها مستحقاً اياها بحسب صلة القرابة التى تربطه بالصغير المحضون، بل يجب أن تتوافر فيه شروط يؤتمن معها على سلامة الصغير التربوية والصحية. ولذلك كانت شروط الحضانة مما يستلزم الوفاء بهذه الاعتبارات الهامة:

الشرط الأول: الاتحاد فى الدين:

يشترط فى الحاضنة أن تكون مسيحية الديانة، وهو شرط مفترض ولو لم يرد به نص، فالحضانة تثبت للأم ثم لأقارب المحضون، وهم بطبيعة الحال من ديانة الصغير، بل لقد ذهبت بعض الشرائع إلى ما هو أكثر من ذلك إذا اشترطت أن تكون الحاضنة من ذات مذهب الصغير، فالأقباط الكاثوليك يشترطون (م ٥٠) على أن تكون الحاضنة كاثوليكية.

ويلاحظ أن هذا الشرط غير قائم فى الشريعة الإسلامية، عند اختلاف الدين، فإذا كان المسلم متزوجاً من مسيحية، ثبتت الحضانة للأم المسيحية، رغم أن الأبناء يكونون مسلمين الحاقاً بديانة أبيهم. ذلك أن مناط الحضانة فى الشريعة الغراء هو موفور الشفقة وهو ما

لا يعأثر باختلاف الدين. ولا ينزع الطفل المسلم من حضانة أمه غير المسلمة إلا إذا تحقق خطر افساد دينه[1].

الشرط الثانى: أن تكون الحاضنة قادرة وبالغة:

إذ يشترط أن تكون الحاضنة قادرة على القيام بشئون الصغير مادياً ومعنوياً، فإن قام بها ما يعجزها عن النهوض بهذه المسئولية ينزع الصغير من يدها.

وشرط القدرة يقتضى عدة مواصفات أهمها:

- أن تكون الحاضنة بالغة، فالقدرة تفترض سناً معينة. لذلك تطلب الأقباط الأرثوذكس أن تكون الحاضنة قد تجاوزت السادسة عشرة، وإن كانت الحضانة للرجل فيجب أن تكون سنه قد تجاوزت الثامنة عشرة (م ١٢٩ وم ١٣٤) وعند البروتستانت، هى سن البلوغ، وهى عندهم ثمانية عشرة سنة. أما عند باقى المذاهب والطوائف فالسن الواجبة هى سن الرشد ببلوغ إحدى وعشرين سنة ميلادية.

ويترتبط بالحد الأدنى للسن أيضاً ألا تكون الحاضنة قد بلغت من الكبر ما يعجزها عن القيام بشئون الطفل.

- أن تكون عاقلة، أى غير مصابة بجنون أو عته. ففى مثل هذه

---

(١) إذا كان الطفل فى سن التمييز يعقل المسائل الدينية ويفهمها ويخشى من تأثره بديانة أمه، أو إذا كان دون هذه السن وثبت أن الأم تحاول اثنائه عن ديانة أبيه وتلقينه ديانتها الخاصة.

الأمراض لا تستقيم القدرة والأمانة على مصالح الغير. وكذلك الحال لو كانت مستحقة الحضانة مريضة بمرض شديد يقعدها أو يحول بينها وبين واجبات الرعاية والتربية.

- أن يكون لديها من الوقت ما يفى بحاجات الصغير: وهو ما يقتضى أن يكون لديها متسع من الوقت كاف للرعاية. والأمر هنا تقديرى للمحكمة. فقد يقدر القاضى تعارض مصلحة الغير مع مهنة أو عمل الأم (أو غيرها من الحاضنات) وذلك إذا كانت تمارس عملا شاقاً ممتداً عبر حيز زمنى طويل فى اليوم الواحد. وقد يرى على العكس، عدم التعارض إذا كان العمل هيناً لا يقتطع من وقت الحاضنة سوى ساعات قليلة يمكن تدبير أمرها، كمهنة التدريس مثلا. وهذا الشرط يدخل فى عموم شروط الأمانة فى الحاضنة بمعناه الواسع[1].

الشرط الثالث: الا تكون الحاضنة متزوجة من غير ذى رحم محرم للصغير:

وهذا الشرط يستهدف توفير جو هادئ يطمئن فيه الطفل، دون أن يخشى عليه من أذى شخص غريب عليه. ويتحقق الهدف المشار إليه إذا كان زوج الحاضنة من ذوى الأرحام بالنسبة للصغير.

---

(١) راجع: عدم الصلاحية للحضانة إذا كانت الأم تعمل ممرضة يكثر غيابها عن المنزل أثناء الليل فى وقت لم تتجاوز فيها سن ابنتها ثمانية شهور: روض الفرج فى ١٩٧٠/٦/١٧، وعلى خلاف ذلك حكم بأن عمى الحاضنة لا يسقط حضانتها: شبرا ١٩٦٨/١٢/٥.

وقد انعكس هذا المعنى صراحة فيما اشترطته بعض الطوائف من أن يكون زوج الحاضنة قريباً للطفل حتى درجة محددة. فالأقباط الكاثوليك يشترطون ألا تزيد درجة قرابة زوج الحاضنة عن الدرجة الرابعة (م ٥٠). وتجاوزت شريعة البروتستانت فاقتضت لائحة الانجيليين ألا تكون الحاضنة متزوجة على وجه الاطلاق (م ٢٣)[1].

ويتفق هذا الشرط مع شرط أعم في الفقه الإسلامي من مقتضاه ألا تمسك الحاضنة صغيرها لدى غير ذي رحم محرم منه، حتى لا يتحمل الطفل مغبة المعاملة القاسية، أو النظرة القاسية، أو الأذى مادياً كان أو معنوياً.

الضم والولاية على النفس:

يجوز لولي النفس أن يضم الصغير إليه عند بلوغه سن انتهاء الحضانة، ويظل الصغير تحت مسئولية هذا الولي إلى أن يبلغ سن الرشد عاقلا رشيداً.

وتحدد الشرائع المختلفة سن الحضانة بحلول الوقت الذي يستغني فيه الصغير عن رعاية النساء، على نحو ما سلف ذكره، في موضع سابق. كما تحدد مراتب الأولياء. فإذا انتفى هذا التحديد في شريعة ما[2]، كانت الشريعة الإسلامية هي الواجبة التطبيق حيث تكون ولاية

(١) يلاحظ أخيراً ما تذهب إليه بعض الطوائف من الربط بين الحضانة وسبب الطلاق وبالتالي يشترط عندهم في الحاضنة ألا تكون مطلقة لسبب راجع إليها. وقد سبق أن أشرنا إلى هذه الطوائف في موضع سابق.

(٢) مثل شريعة الروم الأرثوذكس.

النفس للأب ثم للجد وغيره من العصبات من محارم الطفل كالأخ والعم وابن الأخ... يستوى فى ذلك أن يكون الصغير ذكراً أو أنثى، فإن انعقدت الولاية لعاصب من غير المحارم كابن العم، وكان الصغير أنثى فلا تضم إليه، بل يختار القاضى لها أميناً يضمها إليه، أو يبقيها مع الحاضنة، ان لم ير فى ذلك ضرر(١).

- عند الأقباط الأرثوذكس، تضمنت المادة ١٥٥ من لائحتهم أن تكون الولاية على النفس للأب ثم لمن يوليه الأب قبل وفاته، فإن لم يول الأب أحداً، فالولاية بعده للجد الصحيح، ثم للأم مادامت لم تتزوج، ثم للجد، ثم للأرشد من الأخوة الأشقاء، ثم من الأخوة لأب ثم من الأخوة لأم، ثم من الأعمام، ثم من الأخوال، ثم من أبناء الأعمام، ثم من أبناء الأخوال، ثم أبناء العمات، ثم أبناء الخالات، فإذا لم يوجد من الأشخاص المتقدم ذكرهم يعين المجلس وليـاً من باقى الأقارب وغيرهم». وتنتهى والولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ميلادية إلا إذا قرر المجلس استمرارها» (م ١٦٠).

- وعند السريان الأرثوذكس، تكون الولاية على النفس للأب ثم لمن يوليه الأب قبل وفاته، ثم للجد الصحيح، ثم للأخ، ثم للعم، ثم لابن العم، ثم للأم ما لم تتزوج، ثم لمن توليه المحكمة من باقى الأقارب إن وجدوا وإلا فمن غيرهم (م ١٥٨ - ١٥٩).

---

(١) محمد أبو زهرة، السابق، رقم ٣٧٠.

- وعند الأرمن الأرثوذكس، تثبت الولاية على النفس للأب ثم للأم (دون تعليق ذلك على عدم زواجها)، ثم للجد الصحيح، ثم للجد لأم، فللأخ ثم العم، فالخال، فأبناء الخال، ثم أولاد من ذكروا بنفس الترتيب، فلمن تعينه المحكمة عند عدم وجود هؤلاء (م ١٠٣-١٠٦)، وفي حالة الطلاق يقدم الزوج الذى صدر الطلاق لمصلحته على الآخر، ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك حفاظاً على مصلحة الأبناء (م ١٠٧).

- وعند الكاثوليك، تنص المادة ٤٣ من لائحة الأقباط الكاثوليك على أن يسلم الابن لأبيه الكاثوليكى، وإلا بقى فى حضانة أمه، ثم تثبت الولاية للجد الصحيح إن كان كاثوليكياً، وإلا فلأحد أقارب أبيه الكاثوليك فلجد أقارب الأم الكاثوليكية.. وإلا عين المجلس من يسلم إليه الصغير.

وعند الانفصال الجسمانى حددت المادة ١٢١ من الإرادة الرسولية أن تكون تربية الأولاد للزوج البرئ، فإذا كان أحد الزوجين غير كاثوليكى فلدى الزوج الكاثوليكى. ما لم يأمر الرئيس الكنسى بخلاف ذلك، على أن تضمن دوماً تربيتهم الكاثوليكية.

- وعند الانجيليين، تنص المادة ٣١ من لائحتهم على أن يكون الولد ذكراً كان أو أنثى تحت ولاية أبيه، إن وجد، حتى يبلغ سن التكليف» (سن التكليف ثمانى عشرة سنة، ومع ذلك يجوز التصرف بإذن الولى متى بلغ ست عشرة سنة م ٣٢)[1]. ويجوز للسلطة المختصة

(١) هذه القاعدة أصبحت ملغاة فى صدد بلوغ سن الرشد بأحكام قانون الولاية على المال والذى يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة.

أن تحرم من حقوق الولاية المذكورة الأب إذا كان فاسد الآداب أو إذا اعتنق ديانة أخرى.

وقد رتبت المادة ٣٤ من لائحة الانجيليين ترتيب الولاية: إذا مات الأب، أو حكم بزوال الولاية عند تعيين السلطة المختصة من يقوم بالولاية، وتقدم الأم غير المتزوجة بزوج آخر إن كانت مقتدرة التصرف، وإلا فالجد، وإلا فالأقرب من الأقارب والأصهار.

شروط الولي على النفس، وحالات انقضاء ولايته:

- يشترط في الولي ذات الشروط العامة الخاصة بالحضانة وهي شروط الكفاءة والقدرة والأهلية. فضلا عن شروط الديانة. بالاضافة إلى ما يشترطه البعض من شرط الاتحاد في المذهب، كما هو شأن الكاثوليك. وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك.

ويجب في الولي أن يكون حسن السمعة غير فاسد الأخلاق.

- وتنقضي الولاية ببلوغ القاصر سن الرشد. كما تنقضي، بداهة، بموت الصغير، أو بموت الولي.

وقد حدد القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢[1] في شأن الولاية على

---

(١) يلاحظ أن المادة ٢٢ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ والمادة ١٠ من القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢ في شأن الولاية على النفس قد نصتا على أن «يترتب على سلب الولاية على النفس سقوطها عن المال، ولا يجوز أن يقام الولي الذي حكم بسلب ولايته وصياً أو مشرفاً أو قيماً، كما لا يجوز أن يختار وصياً» مع ملاحظة أن سقوط الولاية على المال لا يقبل التجزئة وبالتالي فسلب ولاية النفس جزئيا يسقط كليا الولاية على المال.

النفس حالات تسلب فيها الولاية من الولى. وهى حالات يتوافر فيها اخلال بشروط الولى وقدرته أو صلاحيته للاستمرار فى أداء مهمته.

وتنقسم هذه الحالات إلى مجموعة يجوز فيها للمحكمة أن تسلب الولاية، أى حالات جوازية. ومجموعة أخرى يتعين على المحكمة أن تتخذ هذا الإجراء، أى حالات وجوبية بسلب الولاية.

حالات سلب الولاية على النفس الوجوبية[1] (م ٢ من القانون ١١٨):

١ - من حكم عليه بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض ما نص عليه القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ فى شأن مكافحة الدعارة إذا وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية.

٢ - من حكم عليه لجناية وقعت على نفس أحد من تشملهم الولاية أو حكم عليه لجناية وقعت من أحد هؤلاء.

٣ - من حكم عليه أكثر من مرة لجريمة مما نص عليه فى القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة. ويترتب على سلب الولاية بالنسبة إلى صغير سلبها بالنسبة إلى كل من تشملهم ولاية الولى من الصغار الآخرين فيما عدا الحالتين المشار إليهما فى البند ٢ إذا كان هؤلاء الصغار من فروع المحكوم بسلب ولايته. وذلك ما لم تأمر المحكمة بسلبها بالنسبة إليهم أيضاً.

---

(١) وهذه الحالات تمنع ثبوت الولاية ابتداء.

الحالات الجوازية لسلب الولاية (م ٣ من القانون ١١٨ لسنة ١٩٥٢):

وهذه الحالات يجوز للقاضى، وفقا لتقديره، أن يسلب أو يوقف كل أو بعض حقوق الولاية بالنسبة لكل أو بعض من تشملهم الولاية فى الحالات الآتية:

١ - إذا حكم على الولى بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة.

٢ - إذا حكم على الولى فى جريمة اغتصاب أو هتك عرض أو لجريمة مما نص عليه القانون رقم ١٩٥١/٦٨ بشأن مكافحة الدعارة. ومعنى ذلك أنه لا يشترط العود فى هذه الحالة، على عكس حالة السلب الوجوبى.

٣ - إذا حكم على الولى أكثر من مرة لجريمة تعريض الأطفال للخطر أو الحبس بغير وجه حق أو لاعتداء جسيم، متى وقعت الجريمة على أحد ممن تشملهم الولاية.

٤ - إذا حكم بإيداع المشمولين بالولاية داراً من دور الاصلاح وفقاً للمادة ٦٧ من قانون العقوبات أو طبقاً لنصوص قانون الأحداث المتشردين.

٥ - إذا عرض الولى للخطر صحة أحد ممن تشملهم الولاية أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته، بسبب سوء المعاملة وسوء القدرة نتيجة الاشتهار بفساد السيرة أو الادمان على الشراب أو المخدرات أو بسبب عدم العناية أو التوجيه ولا يشترط في هذه الحالة أن يصدر حكم على

الولى بسبب تلك الأفعال».

وأخيراً يلاحظ من ناحية أولى، ما نصت عليه المادة ١١ من القانون ١١٨ من أنه «يجوز للأولياء الذين سلبت ولايتهم وفقاً للبند ٢و٣ من المادة الثانية، أو سلبت ولايتهم وفقا للبند ١ أو ٢ أو ٣ من المادة الثالثة أن يطلبوا استرداد الحقوق التى سلبت منهم إذا رد اعتبارهم، ويجوز لهم ذلك أيضاً فى الأحوال المنصوص عليها فى البندين ٤ و٥ من المادة الثالثة إذا انقضت ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم بسلب الولاية».

ومن ناحية ثانية، أن سلب الولاية على النفس كلياً أو جزئياً، يستتبع سلب الولاية على المال كلياً. وهذه النتيجة الأخيرة تتحقق تلقاذيا دون حاجة إلى حكم خاص مستقل فى شأن الولاية على المال. غير أن الولاية على النفس لا تعود إلا بحكم قضائى جديد (سواء فى حالة السلب أو الحد منها أو فى حالة الوقف) وبعد التثبت من زوال الأسباب التى دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها. فإذا صدر هذا الحكم فإنه لا يرتب تلقائياً عودة الولاية على المال، ذلك أن المادة ٢٣ من قانون ١١٩ فى شأن الولاية على المال تنص على أنه «إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة».

الفصل الرابع

انحلال الزواج عند المسيحيين

التزم السيد المسيح عليه السلام بحياة الزهد والقناعة، وعاش يدعو للمثالية واعتبر أن الحياة الدنيا ما هى إلا وسيلة تقدر وفقاً للحاجة إليها. ورغم أن البتولية تعد نموذجاً مطلوباً فى المسيحية إلا أن السيد المسيح لم يحارب نظام الزواج، والدليل على ذلك أنه بدأ حياته النشطة بالظهور فى حفل زفاف فى إحدى قرى الجليل وبارك الزوجين. كما نسب إليه عليه السلام قوله «إن الله خلق الإنسان من بدء الخليقة ذكراً وأنثى، ولذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً[1]. وقد اعتبرت الكنائس الأرثوذكسية والكاثوليكية أن الزواج هو أحد الأسرار الكنسية السبع[2] والذى يجب بالتالى أن يعقده رجل الدين المختص. أما الكنيسة البروتستانتية فرغم انها لم تعتبر الزواج سراً من الأسرار الدينية[3]، إلا أنها اعتبرت رابطة الزواج مقدسة. وإلى جانب ذلك فقد أسبغ الفقه المسيحى على الزواج صفة التأبيد، أو عدم القابلية للانحلال، كما سبقت الاشارة، من حيث المبدأ. وقيل فى هذا الشأن أن علاقة الرجل بزوجته هى كعلاقة السيد المسيح بالكنيسة، فكل من العلاقتين رابطة مقدسة ودائمة. وفى هذا الاتجاه من

---

(١) يقول بولس الرسول «حسن للرجل ألا يمس امرأة».

(٢) انجيل مرقص الاصحاح العاشر الآيات من ٦ إلى ٨.

(٣) وهذه الأسرار هى: سر المعمودية - سر المسح بالميرون المقدس - سر العشاء الربانى - سر التوبة والاعتراف - سر المسح على المريض ليشفى - سر الزواج للربط بين الزوجين رباطاً مقدساً.

المعـانى يقـول بولس الرسـول «أريد أن تعلمـوا أن رأس كل رجل هو المسيح. أما رأس المرأة فهو الرجل ورأس المسيح هو الله»[١] كما يقول «أيها النساء إخضعن لرجالكم كما للرب، لأن الرجل هو رأس المرأة كما أن المسيح هو رأس الكنيسة، أيها الرجال أحبوا نساءكم كما أحب المسيح الكنيسة وأسلم نفسه لأجلها[٢].

وقد أدت النظرة التقديسية للزواج إلى اعتباره رابطة دائمة لا تقبل الانفصـال. غيـر أن هذا الدوام لم يتـخـذ بعـداً واحـداً عند جـمـيع المذاهب[٣].

عند الكاثوليك:

إذا نشـأ الزواج صـحـيـحـاً عند الكاثوليك أى توافرت له أركـان وجوده وشروط صحته وتم به الدخول، فإنه يصبح رابطة مؤبدة لا تنحل إلا بالوفـاة. فالزواج الصحيح المكتمل بالدخول، أى المخـالطة الجسـدية، هو في جوهره سر الهى لا يزول بأية وسيلة من الوسائل حال حياة الزوجين (م١٠٧ من الإرادة الرسولية)، بل انه لا يزول حتى فى حالة الزنا، وغـاية مـا يمكن أن يترتب على حالة الزنا هو انفصـال الزوجين فى المضجع (الانفصال الجسمانى). أما إذا لم يكن الزواج قد اكتمل،

---

(١) رسالة بولس الرسول الأولى، الأصحاح ١.

(٢) رسالة بولس الرسول إلى أهل أفسس الأصحاح ٥.

(٣) راجع: جميل الشرقاوى، الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الكتاب الأول ١٩٧٣، ص ٣١٣ ومابعدها.

أى لم تحدث مخالطة جسمانية، فإن المذهب الكاثوليكى يجيز حله بسببين نصت عليهما المادة ١٠٨ من الإرادة الرسولية هما: دخول أحد الزوجين حياة الرهبنة، وحل الرابطة الزوجية لسبب عادل وبقرار يصدر من البابا، ثم يضاف إليهما ما يسمى **الامتياز البولصى**.

والحالة الأولى وهى حالة الرهبنة يقصد بها الترهب الكبير الرسمى، وليس مجرد أن ينذر شخص نفسه للرهبنة.

أما السبب العادل فلابد أن يكون على قدر من الخطورة والجدية كالعجز الجنسى مثلا، أما مجرد الرغبة فى الفسخ لعدم التوافق، أو لرغبة أحد الزوجين في الزواج من آخر، فهذه لا تعد أسباباً عادلة. والأمر في نهاية المطاف متروك لتحقيق يجريه البابا، سواء من حيث التحقق من عدم الدخول أو التحقق من الأسباب العادلة.

وأخيراً يجيز الكاثوليك حل رابطة الزوجية المكتملة استناداً إلى ما يسمى **بالامتياز البولصى**، نسبة إلى بولص الرسول، ومن مقتضاه أنه إذا تم زواج بين غير مسيحيين ثم دخل أحدهما المسيحية وقبل سر العماد، وبقى الآخر غير مسيحى، ورفض الدعوة إلى اعتناق المسيحية، هنا يجوز للزوج المسيحى أن يعقد زواجاً جديداً صحيحاً مع شخص مسيحى (على أن يكون الزوج الأول قد هجره ورفض الدخول فى المسيحية ورفض مساكنته بسلام). ويستند هذا السبب إلى قول بولص الرسول «أما الباقون فأقول لهم أنا لا الرب إن كان أخ له امرأة غير مؤمنة ولم ترتضى أن تسكن معه فلا يتركها لأن الرجل غير المؤمن

مقدس فى المرأة، والمرأة غير المؤمنة مقدسة فى الرجل، وإلا فأولادكم نجسون، وأما الآن فهم مقدسون، ولكن إن فارق غير المؤمن فيفارق، ليس الأخ أو الأخت مستعبداً فى مثل هذه الأحوال، ولكن الله قد دعانا إلى السلام».

ويلاحظ فى هذا المقام أن الخروج عن الدين المسيحى يعتبر سبباً للتطليق عند المذاهب المسيحية الثلاثة. ويستند هذا السبب إلى ذات القول السابق المنسوب إلى بولس الرسول، والذى يتضح من صياغته أنه جعل الأمر على قدر من المرونة، بحيث يتوقف طلب الطلاق على رغبة من بقي على دين المسيحية من الزوجين. وقد تأكد هذا المعنى عند الأقباط الأرثوذكس بما جاء فى الخلاصة القانونية من أنه «إذا خرج أحد الزوجين من الديانة المسيحية» وترجع قطع الرجاء من ارتداده للدين المسيحى وتشكى من ذلك الزوج الآخر ورغب التصريح له من الرئيس الشرعى بالتزوج بآخر مؤمن فإن كان الزوج المفارق المذهب خرج عن ايمانه قريباً وجب على الرئيس إمهال الزوج الآخر مدة يمكنه احتمالها أى مدة لا يلحقه ضرر من مكوثها بدون زيجة ومتى عبرت ولم يرجع المفارق وتأكد اليأس من توبته يمكن للزوج الآخر شرعاً من التزوج بمن يريد سيما إذا كان المفارق النصرانية تزوج زيجة خارجة عن المذهب.

وقد جاء فى مشروع مجموعة الأقباط لسنة ١٩٥٥ أيضاً أن الزواج «ينفصم إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحى». وهذا الفسخ هو فى حقيقته تطليق لابد أن يصدر به حكم من القضاء، ذلك أن الفسخ

المشار إليه «لا يعتبر شرعياً ما لم يُنظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعى المتصرف فى ذلك. ويقع الحكم رسمياً بالفسخ بناء على ما يثبت من التحقيق» (الخلاصة القانونية المسألة رقم ٢٥).

- وواضح من كل ذلك التأكيد على المعنى المشار إليه من مرونة هذا السبب، وضرورة اعطاء الفرصة قبل التطليق فى محاولة لامهال الطرف الخارج عن المسيحية والتحقيق فى الأمر بواسطة سلطة القضاء المختص.

- غير أن تطبيق القاعدة السابقة يتأثر فى القانون المصرى بالقواعد الخاصة بتحديد ولاية الشريعة الإسلامية فى مواجهة الشرائع الخاصة. فالفرض المعروض يتمثل فى وجود حالة يختلف فيها الزوجان دينا. وهو فرض لا يخرج عن أحد أمرين: الأول أن يكون من خرج من الدين المسيحى قد انضم للديانة الإسلامية. وفى هذه الحالة تطبق الشريعة الإسلامية بغير تحفظ.. ولا تستطيع الزوجة المسيحية أن تطلب الطلاق لمجرد أن زوجها قد أسلم، حيث أن من حقوق المسلم فى الشريعة الإسلامية أن يتزوج من كتابية، أما الثانى فهو إذا كانت الزوجة هى التى اعتنقت الإسلام، وفى هذه الحالة فإن علاقتها بزوجها، الذى ظل على المسيحية، تنفصم بقوة القانون مما يستتبع التفريق بينهما فوراً[1].

---

(١) ومعنى ذلك أن الأحكام الخاصة الواردة فى الشرائع المسيحية يتعطل إعمالها حيث تخضع العلاقة فى جميع الأحوال للشريعة الإسلامية، إما لاعتناق الإسلام وإما للاختلاف فى العقيدة.

أما إذا كان التغيير إلى غير الإسلام، فإن الشريعة الإسلامية، وهي التي تصبح واجبة التطبيق، بسبب اختلاف العقيدة، لا تجعل من اختلاف الديانة بين أهل الكتب السماوية اليهودية والمسيحية، سبباً للتطليق حيث يقر الإسلام الزواج بينهما.

- ويلاحظ أخيراً أن الأحكام السابقة تتعلق بالخروج عن الدين المسيحي، ولا تتعلق بالخروج عن المذهب. فليس في شرائع المسيحيين ما يجيز طلب التطليق إذا خرج أحد الزوجين عن مذهبه إلى مذهب آخر. وغاية ما ورد في بعض النصوص، في هذه الحالة الأخيرة، هو مجرد وعظ المفارق لمذهبه وتأنيبه.

أما بالنسبة للحالات الأخرى للتطليق، فإن الأرثوذكس والبروتستانت يجيزون التطليق، وإن كانت اجازته مقصورة على حالات وأسباب معينة وردت على سبيل الحصر[1].

وقد نشأت الاختلافات السابقة بين المذاهب المسيحية بسبب اختلافها من ناحية في تفسير وفهم أقوال السيد المسيح، ومن ناحية أخرى بسبب ما تلقته من أعراف وتراث تاريخي في بعض الأحيان.

محاولة تقييد التطليق عند الأرثوذكس:

وقبل أن نترك هذه العموميات السابقة إلى عرض أسباب التطليق،

---

(١) راجع: عند الانجيليين ما نصت عليه لائحتهم من أنه لا يجوز الطلاق إلا بحكم وفي الحالتين الآتيتين.. ثانيا إذا اعتنق أحد الزوجين ديانة أخري غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق» (م ١٨).

نود أن نشير إلى محاولة جرت لدى المذهب الأرثوذكسى لتغيير أسباب الطلاق وحصرها في سبب واحد هو الزنا . فقد أصدر بابا الكنيسة القبطية الأرثوذكسية فى مصر القرار رقم ٧ فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٧١ وجاء فيه أن كل طلاق يحدث لغير علة الزنا لا تعترف به الكنيسة المقدسة ويعتبر الزواج مازال قائماً على أساس أن الانجيل لم يعرف إلا سبباً واحداً للطلاق وهو علة الزنا . ثم ألحق بهذا القرار قرار آخر رقم ٨ في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٧١ يقرر عدم السماح لمن طلقت بسبب آخر غير الزنا ، بالزواج من جديد ، باعتبار أنها لا تؤتمن على زواج آخر . وعلى هذا النحو لا يجوز لأحد من رجال الكهنوت أن يعقد زواجاً ثانياً إلا بالنسبة لمن طلقت للزنا ، وكانت بريئة من هذا السبب . وذات الحكم يطبق بالنسبة للرجل .

ويترتب على هذه القرارات البابوية وجود عقبة دينية في وجه ابرام الزواج الثانى بعد الطلاق لغير علة الزنا . أما من الناحية القانونية فإن هذه القرارات لا أثر لها على قضاء المحاكم في شأن أسباب الطلاق . وقد أكدت الكنيسة المصرية وجهة نظرها سالفة الذكر فى مشروع مجموعة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٥٥ وذلك على خلاف مجموعة سنة ١٩٣٨ التى تعددت فيها أسباب الطلاق .

- وقد سنحت الفرصة أمام محكمة النقض لتقول كلمتها فى هذا الشأن حيث قضت بأنه ولا وجه للتحدى بأن أحكام مجموعة سنة ١٩٥٥ هى الواجبة التطبيق وأنها خلت من نص خاص يجيز التطليق لسوء السلوك وفساد الأخلاق، وأنها لا تجيز الطلاق

إلا للزنا الحقيقى، كما هو الأصل فى المسيحية، ذلك أنه لا الزام فى الاستناد إلى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الأخرى التى يرجع إليها لدى طائفة الأقباط الأرثوذكس، إذا لم يصدر بأى منها تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بأن التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق. فالعبرة فى هذا الخصوص بما كانت تسير عليه المحاكم الملية فى قضائها استقاء من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة.

ومن ثم لا تثريب على الحكم الذى يطبق مجموعة سنة ١٩٣٨ باعتبار أن المحاكم الملية قد جرت على تطبيق أحكام هذه المجموعة منذ وضعها حتى ألغيت تلك المحاكم بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥[١].

وعلى هذا النحو تكون محكمة النقض قد أقرت تعدد أسباب الطلاق عند الأقباط الأرثوذكس، على النحو الوارد فى مجموعة ١٩٣٨ وعلى ذلك أيضا فلا يبقى من أثر للقرارات البابوية السالف ذكرها سوى أنه عند صدور الحكم القضائى بالتطليق لغير الزنا، فإن المطلق لا يستطيع الزواج دينياً بمن يتحد معه مذهباً وطائفة أمام الكنيسة القبطية، ولا يفتح أمامه باب الزواج الثانى إلا بشخص مختلف معه فى هذين العنصرين أو أحدهما.

- بعد تلك الأسس العامة نعرض فيما يلى لأسباب انحلال الزواج

---

(١) نقض ٦/٦/١٩٧٣، مجموعة الأحكام س ٢٤، ص ٨٧٠.

عند المسيحيين، حيث نخصص مبحثاً أول لانحلال الزواج بسبب الموت عند جميع المذاهب، ثم نعرض فى مبحث ثان للزنا وسوء السلوك باعتباره سبباً للتطليق عند الأرثوذكس والبروتستانت، وفى المبحث الثالث نعرض لأسباب التطليق التى ينفرد بها المذهب الأرثوذكسى.

- اسباب التطليق عند الاقباط الارثوذكس محددة على سبيل الحصر. ولا يجوز بالتالى التوسع فيها او القياس عليها.

حصرت لائحة الأقباط الأرثوذكس سنة ١٩٣٨ أسباب التطليق فى الأسباب الآتية:

١- علة الزنا (م ٥٠).

٢- الخروج عن الدين المسيحى (م ٥١).

٣- إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متتالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من مماته وصدر حكم باثبات غيبته، جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق (م ٥٢).

٤- الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق (م ٥٣).

٥- إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر، يجوز للزوج الآخر طلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء. ويجوز أيضاً للزوجة أن تطلب الطلاق لإصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على

اصابته ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة يُخشى عليها من الفتنة (م ٥٤).

٦- إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد إيذاءه إيذاء جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق (م٥٥).

٧- إذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وانغمس فى حياة الرذيلة ولم يجد فى إصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه، فللزوج الآخر أن يطلب الطلاق (م ٥٦).

٨- إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالا جسيماً مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنوات متتالية (م٥٧).

٩- إذا ترهبن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الآخر (م ٥٨).

وقد قضت محكمة النقض إقراراً لحصر أسباب التطليق عند الأرثوذكس بأن «العقم ليس سبباً للتطليق فى شريعة الأقباط الأرثوذكس والتى أوردت وعلى سبيل الحصر تلك الأسباب فى مجموعة سنة ١٩٣٨ فلا يجوز الخروج عليها أو التوسع فيها مراعاة لروح الشريعة المسيحية والأصل فيها عدم التطليق. ومن ثم تكون الفرقة بين الزوجين قد انبعثت أصلا بفعل الزوج الذى كره زوجته لعدم الانجاب وهو راغب فيه ثم استطالت تلك الفرقة بسبب الكراهية لزوجته تلك التى أبدت فى جميع مراحل التقاضى استعدادها للعودة إلى

منزل الزوجية متى أراد زوجها ذلك. فإن الزوج لا يفيد من طول الفرق للتذرع بها كسبب من أسباب التطليق متخذاً لطلب التطليق سبباً وهو عقم الزوجة وعدم الانجاب مع أن الذرية هبة من الله يمنحها من يشاء، وإلا كان بيد كل من الزوجين أن يخلق سبباً للفرقة ويطيل مداها أكثر من ثلاث سنوات ويحقق بفعله سبب التطليق، الأمر الذي لا تقره شريعة الأقباط الأرثوذكس التي تعتبر الزواج نظاماً لا عقداً، فضلا عن أنه يشترط للتطليق للفرقة ألا يكون طالب الطلاق قد ساهم بخطئه في هذه الفرقة على أساس أن من يعمد من الزوجين إلى إصطناع أسباب الخلاف رغبة في التحلل من رابطة الزوجية يتعين أن يرد عليه قصده السيء[١].

- ومن ناحية ثانية أوجبت المادة ٦٠ من لائحة الأقباط الأرثوذكس عرض الصلح على الطرفين قبل البدء في إجراءات نظر طلب التطليق. غير أن محكمة النقض المصرية قضت بأن عرض الصلح لا توجبه المادة ٥٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس (الخاصة بالفرقة واستحكام النفور)، كما أن محاولة التوفيق المنصوص عليها في المادة ٥٩ و٦٠ من تلك اللائحة لا محل لتطبيقها أمام القضاء الوضعي[٢].

- ومن ناحية ثالثة، فقد نصت المادة ٦٤ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أنه «لا تقبل دعوى الطلاق إذا حصل صلح بين الزوجين،

---

(١) نقض ١٠/١١/١٩٧٦ س ٢٧ -٢- ١٥٧٤.

(٢) نقض ٢٩/١/٢٠٠١، طعن رقم ١١٨ س ٦٦ ق.

سواء بعد حدوث الوقائع المدعاة فى الطلب أو بعدم تقديم هذا الطلب»[١].

وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن مفاد المادة ٦٤، سالفة الذكر، أن حق الزوج البرئ فى طلب التطليق لعلة الزنا يسقط إذا تم صلح بين الطرفين أو ثبت أن الزوج البرئ صفح عن الزوج المخطئ صراحة أو دلالة بعد حدوث الواقعة.. وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بعدم قبول دعوى الطاعن على ما استخلصه من أوراق الدعوى من أن صلحاً قد حدث من اقتران تنازل الطاعن عن الدعوى الجنائية بالابقاء على المطعون ضدها فى منزل الزوجية ومعاشرته لها وتصالحه مع شريكها فى الزنا، صلح مانع من قبول دعوى هذا الطلاق، وكان هذا الاستخلاص سائغاً، له سنده من الأوراق ويؤدى إلى ما انتهى إليه، فإن ما يثيره الطاعن من أن تصالحه ليس له سند فى الأوراق لا يعدو أن يكون جدلا موضوعياً فى تقدير الأدلة المقدمة فى الدعوى لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض[٢].

---

(١) «ومع ذلك يجوز للطالب أن يرفع دعوى أخرى لسبب طرأ أو اكتشف بعد الصلح وله أن يستند إلى الأسباب القديمة فى تأييد دعواه الجديدة».

(٢) نقض ٢٣/١/١٩٩٠ س ٤١ - ٢١٦.

المبحث الأول

انحلال الزواج بالموت

تعتبر الوفاة سبباً حتمياً ومنطقياً لانحلال الرابطة الزوجية، لذلك لم تشذ عن هذه المقولة البديهية أية طائفة من طوائف المسيحيين. وفى هذا المعنى يقول بولس الرسول ان «الناموس يسود الإنسان مادام حياً. فإن المرأة التى تحت رجل هى مرتبطة بالناموس بالرجل الحى، ولكن إذا مات الرجل تحررت من ناموس الرجل».

«وإذاً مادام الرجل حياً تدعى زانية إن صارت لرجل آخر، ولكن إن مات الرجل فهى حرة من الناموس، حتى انها ليست زانية إن صارت لرجل آخر».

وفى هذا المعنى نصت المادة ٤٩ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أن يفسخ الزواج بوفاة أحد الزوجين.

ويقتضى تطبيق الحكم السابق أن تكون الوفاة قد تحققت على وجه اليقين[١]، ثم أن يثبت ذلك بالشهادات الطبية والرسمية المخصصة لهذا الغرض من واقع السجلات الحكومية. فإذا لم تكن الوفاة قد قيدت فى تلك السجلات جاز أن تثبت الوفاة كواقعة مادية بكافة طرق الاثبات.

وإذا ثار نزاع فى شأن وقوع الوفاة فإن هذا الأمر يجوز اثباته

---

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ٧٧٢ ومابعدها، توفيق فرج، السابق، ص ٧٨٢ ومابعدها، عبد الناصر العطار، السابق، ص ٢٠١ ومابعدها.

بكافة الطرق أيضاً، غير أن الأمر لابد أن يرفع إلى القضاء ليحكم فيه وليحكم فى تزوير الشهادات والقيود الرسمية إن كانت قد أجريت.

ولكن رابطة الزواج قد تنحل أيضاً بالموت الحكمى، وهى حالة المفقود.

والمفقود هو الغائب الذى انقطعت أخباره ولا يعرف إن كان حياً أو ميتاً، وقد لا يعرف مكانه أيضاً. ويختلف المفقود فى هذا المعنى عن الغائب، فالغياب أوسع معنى من الفقد. فالغائب حياته معلومة ولكنه بعيد عن موطنه وأهله، بحيث قد لا يعرف له محل اقامة أو موطن، أو كان فى مكان استحال عليه أن يتولى منه إدارة شئونه بنفسه، أو أن يشرف على تلك الإدارة.

وفى شأن المفقود نصت المادة ٥٢ من لائحة الأقباط الأرثوذكس على أنه إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم بإثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق.

- غير أن المادة ٣٢ من القانون المدنى نصت على أن تسرى على المفقود والغائب الأحكام المقررة فى القوانين الخاصة فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية. والقوانين الخاصة المشار إليها هى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨، والقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢. ويلاحظ ابتداء أن الاحالة إلى القوانين المشار إليها يعنى أن تلك المسائل قد وحدت فى

شأنها القوانين، وبالتالى تطبق على سائر المصريين على اختلاف دياناتهم، أى لا فرق فى تطبيقها بين مسلم وغير مسلم. وتتعطل بالتالي النصوص الواردة فى اللوائح الملية.

- وتفرق القوانين المشار إليها، فى شأن المفقود، بين فرضين: فرض أن يفقد الشخص فى ظروف يغلب فيها الهلاك، وفرض أن يفقد فى ظروف لا يغلب عليها الهلاك.

مثال الحالة الأولى: الفقد أثناء حرب أو كارثة كبرى كزلزال أو سيول جارفة... الخ، وفى هذه الحالة يحكم القاضي باعتبار المفقود ميتاً بعد مضى أربع سنوات على فقده، وبعد التحرى بالوسائل الكافية الدالة على رجحان وفاته أو غلبة هلاكه. فإذا كان المفقود من أفراد القوات المسلحة يصدر فى شأنه - وعلى ذات النحو السابق وبذات الشروط - قرار باعتباره ميتاً من وزير الدفاع بدلا من اللجوء إلى المحكمة (قانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨)(١).

غير أن تعديلا أضيف بمقتضى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ (بمناسبة غرق الباخرة سالم اكسبريس فى البحر الأحمر) ويقضى بأن يعتبر المفقود ميتاً بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده

---

(١) وقد قصد المشرع من هذا التعديل توفير الوقت والجهد بالنسبة لأقارب المفقودين من رجال القوات المسلحة مراعاة لظروفهم وحتى لا ترهقهم إجراءات الالتجاء إلى القضاء. ومن ناحية أخرى صدر سنة ١٩٥٢ القانون رقم ٢٨٦، باعتبار مفقودى حملة فلسطين فى حكم المتوفين ونص على أن تعتد زوجة المفقود عند الوفاة.

إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية. وفى هذه الأحوال يصدر رئيس مجلس الوزراء، أو وزير الدفاع بحسب الأحوال، قراراً بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً، فى الحالات السابقة، بعد التحرى وإستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك. ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود ويترتب عليه أثره من تاريخ نشره.

غير أن غرق باخرة أخرى هى السلام ٩٨ بين ميناء ضبا السعودى وميناء سفاجة المصرى والذى أدى إلى فقد عدد هائل من المسافرين اضطر المشرع للتدخل مرة أخرى بأن أصدر القانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٦ والذى أجاز اعتبار مفقودى الباخرة أمواتاً بعد مضى خمسة عشر يوماً، ثم صدر استناداً إلى هذا القانون قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٣٤ لسنة ٢٠٠٦ فى ٢٠٠٦/٣/١٦ باعتبار مفقودى الباخرة المذكورة أمواتاً بعد مضى المدة القصيرة المشار إليها.

أما فى الحالة الثانية: وهى الفقد فى ظروف لا يغلب عليها الهلاك، فمثلها حالة من انقطعت أخباره بعد أن سافر لطلب العلم أو لتجارة أو سياحة. وفى هذه الحالة يحكم القاضى أيضاً باعتبار المفقود ميتاً بعد مضى مدة لا تقل عن أربعة سنوات وبعد التحرى عن المفقود بكافة الطرق الممكنة لمعرفة حياته من مماته. وإذا عرضت الظروف والملابسات الخاصة بالغياب وبأخبار المفقود، فإن القاضى

يقدر مدى كفايتها لرجحان وفاته فيحكم باعتباره ميتاً، وقد لا يقتنع بذلك فيرفض الحكم فى انتظار مضى مدة أطول وتحريات أكثر حسما[١].

وفى جميع الحالات إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً انقضت شخصيته القانونية باعتباره ميتاً، وتعتد زوجته عدة الوفاة (أربعة أشهر وعشرة أيام)، حيث تعتبر قد ترملت منذ صدور الحكم، سواء كان زوجها قد دخل بها أم لم يدخل.

- ولكن مشكلة قد تثور بالنسبة للزوجة إذا عاد المفقود وظهر حياً وهنا يفرق بين ما إذا كان المفقود رجلا أم امرأة.

فإذا كان المفقود رجلا ثم عاد فإن زوجته تعود إليه فى الحالات الآتية:

(١) ألا تكون قد تزوجت بغيره.

(٢) أن تكون قد تزوجت ولم يدخل بها زوجها الثانى.

(٣) أن يكون زوجها الثانى قد دخل بها وهو يعلم بحياة المفقود وقت الفقد أو قبل الدخول بها.

---

(١) ... بالنسبة لأموال المفقود نصت المادة ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن تقسم تركته على ورثته الموجودين وقت الحكم. أما بالنسبة لنصيبه فى تركة غيره ممن توفى أثناء الفقد وقبل الحكم (أو الوصية الصادرة له) فإنها ترد إلي من يستحقها من الورثة الموجودين وقت موت مورثه، أى أنه بالنسبة لهذه الأموال يعتبر قد مات منذ فقده وليس منذ صدور الحكم باعتباره ميتاً.

وقد نصت على هذا الحكم المادة ٨ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ «إذا جاء المفقود أو لم يجئ وتبين أنه حي فزوجته له ما لم يتمتع بها الثاني غير عالم بحياة الأول، فإذا تمتع بها الثاني غير عالم بحياته كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدة وفاة الأول». وفي هذه الحالات السابقة ينفسخ الزواج الثاني بالضرورة. أما إذا لم تتوافر إحدى تلك الحالات فإن الزواج الثاني يبقى قائماً وصحيحاً.

- أما إذا كان المفقود العائد هو الزوجة، فتلك حالة لم يعرض لها النص، ونعتقد أن الحكم يمكن أن يطبق بطريق القياس على ما ورد بالقانون في شأن الرجل، وبالتالي تعود هذه الزوجة إلى زوجها إذا لم يكن قد تزوج، أو كان قد تزوج ولم يدخل بزوجته الثانية، أو كان قد دخل بزوجته الثانية وكانت سيئة النية تعلم بحياة الأولى، ففي هاتين الحالتين ينفسخ الزواج الثاني.

أما إذا كانت الزوجة الثانية قد دخل بها زوجها وكانت حسنة النية فلا مفر من بقاء عقد زواجها ويعتبر الزواج الأول مفسوخا نظراً لحظر الجمع بين زوجتين عند المسيحيين.

المبحث الثانى

الزنا وسوء السلوك سبب للتطليق عند الارثوذكس والبروتستانت

يجوز طلب الطلاق فى حالة الزنا. وهو مبدأ مستقر عند جميع المسيحيين، فيما عدا الكاثوليك[1] الذين يأخذون بمبدأ عدم قابلية الزواج للانحلال من حيث المبدأ. ويستند هذا السبب، الزنا، إلى ما ورد فى الانجيل من عبارات كثيرة تؤدى إلى هذا المعنى بوضوح، فضلا عن أنه يجد سنده الأخلاقى فى الدفاع عن حرمة الزوجية ومنع اختلاط الأنساب، خاصة وأن المسيحية تعتبر أن الزواج هو أحد الأسرار المقدسة التى يتعين النزول على قدسيتها بالاحترام الواجب، والتزام الأمانة والاخلاص فى علاقة كل من الطرفين بالآخر.

- وقد ثار سؤال مبدئى، فى هذا المقام، حول معرفة ما إذا كان الزنا الموجب للتطليق يقتصر على زنا المرأة أم أنه يشمل زنا الزوج أيضاً. والسبب فى اثارة هذا هو أن السريان يقصرون سبب التطليق على حالة زنا الزوجة: «زنا المرأة هو حجة طلاقها وليس

---

(١) «ان الزنا قد ظفر بإجماع كلى على التعويل عليه كسبب للتطليق، وواضح أن هذا الاجماع مرده إلى النصوص الصريحة فى الشريعة المسيحية لحكمة تحتمها الآداب ويقتضيها العقل. ففيه مظنة اختلاط الأنساب فضلا عن استهانة واستخفاف بـ [illegible] مقدسة جمعت بين الزوجة وزوجها فحق على طرفيها مراعاتها واحترامها» القاهرة الابتدائية ١٠/٦/١٩٥٦، صالح حنفى ص ٣٠٦.

كذلك زنا الرجل»· ويستند أنصار هذه الطائفة، فى مذهبهم المذكور، إلى أن أولاد الزانية يختلطون بأولاد زوجها، وهو اعتبار غير قائم فى حق الرجل الذى لا يؤدى الزنا بالنسبة له إلى اختلاط نسب أبنائه.

غير أن هذه التفرقة الشاذة، بين الرجل والمرأة، التى قال بها السريان، لم يكن لها من صدى عند غيرهم فانفردوا بهذا الاتجاه غير العادل وغير المنطقى. ذلك أن الجوهرى فى الزنا هو الاخلال بواجب كل من الزوجين نحو الآخر في الوفاء والاخلاص، وهو اعتبار قائم علي قدم المساواة فى حق الرجل والمرأة. لذلك لم تلتزم المحاكم بهذا الرأى الغريب.

تعريف الزنا:

يتحقق الزنا بحدوث **المواقعة الجنسية بين الرجل والمرأة أثناء قيام العلاقة الزوجية.** ويتحقق هذا الوصف حتى ولو ارتبط الزوج بالشخص الآخر بعلاقة زوجية جديدة، مادامت العلاقة الزوجية الأولى قائمة لم تنحل لأى سبب من الأسباب.

ولكى يتحقق الوصف السابق لابد من توافر عدة شروط:

- أن يتم **ارتكاب الفعل عن حرية واختيار.** فلو كان الأمر قد نشأ عن اكراه، أو أثناء حالة غيبوبة لأى سبب من الأسباب، أو عن غلط اعتقد بسببه أحد الأشخاص فى أنه يمارس العلاقة الجنسية فى اطارها المشروع مع شريكه الاخر، ففي جميع هذه الفروض لا تتحقق الجريمة بالمعنى المقصود. وعلى هذا النحو فلا زنا فى حالة الجنون أيضاً. وهذه التحديدات إنما يقتضيها أن الزنا **جريمة عمدية لابد من أن**

يتوافر للفاعل فيها عنصر الادراك وحرية الاختيار فإن تخلفا أو تخلف أحدهما تخلف الركن المعنوى للجريمة، ولا يستقيم كسبب لطلب التطليق.

- يشترط ألا يكون طالب التطليق متورطاً فى الخطأ مع الطرف الآخر. فإذا ثبت أن الزوج الآخر هو المحرض على الزنا، بأى شكل من الأشكال المحددة، أو كان الزنا بموافقته فلا يجوز طلب التطليق[(١)].

- ان الزنا الحقيقى يصبح ثابتاً لا مجال للمجادلة فيه إذا حكم جنائياً على الطرف المذنب. غير أنه يجوز الاثبات بكافة الطرق الأخرى إذا لم يكن هناك حكم بالادانة، فيجوز الاثبات بطبيعة الحال بشهادة الشهود. غير أن الاثبات بالشهادة يبدو عسير المنال فى غالب الأحوال.

الزنا الحكمى:

اتجهت الكثير من الأحكام إلى الحاق سوء السلوك الفاحش بالزنا واعطائه ذات الحكم من حيث اجازة طلب التطليق[(٢)].

---

(١) وقضى بأن «الزنا سبب صالح للتطليق، وأن الزوج الذى يدعى بوقوعه هو فى الزنا لا يستطيع الوصول إلى التطليق لأنه المتسبب بخطئه فلا يستفيد منه، فضلا عن أن الزوجة تنازلت عن حقها فى التطليق فى هذه الدعوى». القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٥/٢٠ دعوى رقم ١١٧٩ لسنة ١٩٥٦.

(٢) بشأن الزنا ويلحق به سوء السلوك، قد انعقد الاجماع على الاعتداد به كسبب من أسباب التطليق لحكمة تحتمها الآداب ويقتضيها العقل، ففيه مظنة اختلاط الأنساب فضلا عن استهانة واستخفاف برابطة مقدسة.. (القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٦/١٠، صالح حنفى، ص ٣٠٦).

ومن هذا القبيل ما قضي به من اجازة الطلاق فى الحالات التى يثبت فيها وجود الزوجة مثلا فى أوضاع تحمل على الاعتقاد فى حدوث الزنا. هو ما يعبر عنه بالزنا الحكمى. ومعناه أن الزوجة قد لا تضبط فى حالة زني حقيقى ولكنها تضبط فى ظروف تحمل على الاعتقاد تماما فى حدوثه، استناداً إلى دلائل وملابسات تتسم بالفجور والفسق. ومن أمثلة ذلك إذا ثبت إدارة الزوجة لمنزل للدعارة، فمثل هذه الزوجة لابد من أن تكون هى بذاتها منغمسة فى هذا العمل. كذلك الحال لو تم اثبات أن الزوجة مترددة على أماكن الفجور واللهو والمواخير التى لا يؤمن على عفة من يرتادها. كما يمكن اثبات سوء السلوك الفاحش من صياغات معينة لخطابات متبادلة بين أحد الزوجين وشخص آخر. ومثل هذه الأمور تترك عادة لتقدير المحكمة التى تنتهى إلى حكمها بناء على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى تنتهى إليها.

- وكما هو الحال فى الزنا الحقيقى، كذلك الحال فى الزنا الحكمى أو سوء السلوك، يستوى سوء سلوك الرجل بسوء سلوك المرأة. فالرجل الذي يسوء سلوكه ويتردى فى الخطيئة لإشباع غرائزه الجنسية بما يخل بالاحترام الواجب لزوجته، مثل هذا الزوج يمكن أن ترفع عليه دعوى التطليق ويستجاب فيها لطلب الزوجة[١].

---

(١) راجع: نقض ١٩٨٠/١٢/٣٠ س ٣١ ص ١٢٨٣ و١٩٨٦/٤/٢٢ طعن ٦٢ س ٥٤ ق و١٩٨٦/٦/٣ طعن ٥٧ س ٥٥ ق.

ويلاحظ أنه لا وجه للربط بين الجانب الجنائي في جريمة الزنا واعتبار الزنا سبباً للتطليق. فإذا صدر حكم بالادانة كانت له حجيته فيما يتعلق باثبات الزنا.. ولكن إذا نزل الزوج عن الشكوى أو الدعوى في الشق الجنائي.. فإن كل ذلك لا يمنع من الاستمرار في طلب التطليق(1). غير أن الزوج إذا تصالح مع الطرف المخطئ أو صفح عنه بقبول استمرر العلاقة الزوجية بعد ثبوت الزنا فإن ذلك يسقط حقه في طلب التطليق، كما سبق أن أشرنا في موضع سابق.

---

(١) قضى بأن تنازل الزوج عن شكواه في حالة الزنا، وعن دعوى التعويض المقامة منه يقتصر أثره على الدعويين المدنية والجنائية، ويبقى حقه بالضرورة في علاقته الشخصية بالزوجة قائما، فله ان شاء طلب فصم أواصر الزوجية من المحكمة. استئناف القاهرة ١٩٦٣/١١/١٣ دعوى رقم ٨١ س ٧٩ قضائية. وراجع عبدالناصر العطار، السابق رقم ١١٥.
ويلاحظ أن سوء السلوك هو مسألة نسبية تختلف من مكان إلى آخر ومن زمان إلى آخر، وتقدير ما إذا كانت الأفعال المكونة لسوء السلوك بلغت من الخطورة بحيث تخل بما يجب من اخلاص بين الزوجين أو يحتمل معها أن تؤدى إلى الزنا مرجعه إلى محكمة الموضوع بغير معقب من محكمة النقض مادام استخلاصها سائغاً (نقض ١٩٨٦/٤/٢٢، مجموعة أحكام النقض س ٣٧ -١-ص ٤٥٧) ويجوز للقاضي أن يقبل في هذا الشأن شهادة الشهود على سوء السلوك ولو كانت سماعية على خلاف الغالب، وذلك لأن لائحة الأقباط لم تقيد الشهادة على سوء السلوك بأي قيد فيجوز أن تكون سماعية متى اطمأن إليها القاضي (نقض ١٩٨٣/٥/١٣ س ٣٤ ص ٢٠٦).

- وأخيراً يلاحظ بصفة عامة أن الزنا كسبب للتطليق هو أوسع مدي منه في مفهوم القانون الجنائي. **ففي القانون الجنائي لا يتوافر الزنا في حق الزوج إلا إذا وقع في منزل الزوجية.** والأمر على خلاف ذلك في أسباب التطليق حيث العبرة بواقعة الزنا أياً كان مكان حدوثها. كذلك يأخذ الزنا معنى محدداً في نطاق القانون الجنائي وهو المواقعة بالطريق الطبيعي. **أما المباشرة بغير هذه الطريقة فلا يعد زناً جنائياً ولكنه يعد من قبيل سوء السلوك** الفاحش الذي يؤدي إلى التطليق. كما أن الزنا المعاقب عليه لابد أن يثبت وفقا للمادة ٣٦ من قانون العقوبات بالقبض على الفاعل متلبساً بالفعل أو باعترافه أو بخطابات تثبت ذلك وصادرة عنه، أو بضبطه في منزل مسلم في الأماكن المخصصة للحريم، وقد أشرنا من قبل أنه في مجال التطليق فإن الزنا يمكن اثباته حقيقة أو حكماً بكافة طرق الاثبات.

- **ومن التطبيقات في شأن الزنا الحكمي وسوء السلوك[1]:**

- لا يكفي للاعتداد بسوء سلوك الزوجة:

(١) مجرد الشائعات التي لا تستند إلى وقائع معينة تنم عن سوء

---

(١) راجع: ما قضى به من أن ما ينعاه الزوج على زوجته من أنها أقامت بمنزل أجنبي عنها لا يؤكد وقوع الزنا أو فساد الزوجة إذ من الجائز أن تكون تلك الاقامة مردها تربية أولاد من أقامت عنده الزوجة وتعليمهم على النحو الذي ذكرته: الاسكندرية الابتدائية في ١٩٥٦/٣/٢٠ الدعوى ٣٣ لسنة ١٩٥٦ مجلد نادي القضاة ص ١٥٠.

السلوك.

(٢) أو مجرد رؤية الزوجة جالسة بجانب رجل داخل سيارته[١].

(٣) أو مجرد مشاهدة الزوجة بعد عشرين يوما من الزواج تجلس في السينما مع شخص أجنبى متجاورين مادامت قد عللت ذلك بأنها قابلته صدفة، وأنها تعرفه لأنه كان جارها قبل الزواج فقطع لها التذكرة بثمن دفعته هى لتفادى الزحام وجلسا متجاورين. وأن هذه الواقعة وإن كانت تتنافى مع الأخلاق إلا أنها لا تنبئ عن سوء السلوك الذى يستدعى الحكم بالتطليق والذى يقتضى الاعتياد، إذ أن ما حدث قد يكون أمراً عارضاً[٢].

- وقد قضى على العكس بأن الزوجة ترتكب سلوكاً سيئاً يستوجب التطليق:

(١) إذا تمادت فيما يوجب ايقاعها فى الفساد، خلافاً لشروط الزيجة المسيحية. كما لو ترددت على أماكن اللهو بدون إذن زوجها أو ما يجرى مجرى ذلك، مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد، ولم تنته

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٦/٦/٢٧ الدعوى رقم ١٢٨ لسنة ١٩٥٦.

(٢) القاهرة الابتدائية ١٩٥٨/٤/٦ الدعوى ٨٠٢ لسنة ١٩٥٨ مجلة نادى القضاة ص١٥٩.

وتتوب بل استمرت فى المواظبة على قيامها بذلك حتى بعد استماع النصح والتوبيخ والردع من الرئيس الدينى أكثر من ثلاث مرات[(١)].

(٢) كذلك إذا قضى بإدانة الزوجة ابتدائياً واستئنافياً لتحريضها الغير على ارتكاب الدعارة وإدارة مسكنها لهذا الغرض فضلا عما ينم عليه من دلالة واضحة على سلوكها الشائن فهو يحمل على الاعتقاد بارتكاب الزوجة نفسها لجريمة الزنا[(٢)] لأن من يرغب في ارتكاب الفحشاء، إذا لم تجد لديها نسوة، فلا يستبعد أن تقوم بنفسها بهذا الغرض المنافى للآداب[(٣)].

(٣) كذلك يعتبر فى حكم الزنا أن تتردد الزوجة على الملاهى مع رجال أجانب دون إذن زوجها . وما يجرى مجرى ذلك مما يشين عرضها ويعرضها لخطر الفساد ولم تنته ولم تتب واستمرت بعد نصحها فى غيها[(٤)].

---

(١) راجع ما قضى به من أن حكم الزنا ينصرف إلى حالات تكون سبيلا إلى الظن بأنها تؤدي إليه لأنها تفسد الظن وتؤدى به إلى الاعتقاد بوقوع الزنا الحقيقى، ومثالها أن تتواجد الزوجة فى محلات الفجور واللهو أو المواخير أو في بيت لا يؤمن فيه على عفتها: القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٦/١٠، صالح حنفى، ص ٣٠٧.

(٢) القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/٦/١٠ سبقت الاشارة إليه.

(٣) راجع ما قضى به من أنه إذا ساء سلوك أحد الزوجين وفسدت أخلاقه وانغمس فى حياة الرذيلة، ولم يُجد فى اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه فللزوج الآخر أن يطلب الطلاق. نقض ١٩٧٣/٦/٦ س ٢٤ العدد الثانى ص ٨٧٠.

(٤) حيث قضى بأنه لما كانت الأسباب المهيئة للزنا قد تكون بلا شك وسيلة للوقوع =

المبحث الثالث

أسباب التطليق التي ينفرد بها الأرثوذكس

تعتبر شريعة الأرثوذكس من أكثر الشرائع المسيحية توسعاً في أسباب التطليق، وتنقسم هذه الأسباب عندهم إلى أسباب جزائية، أي أسباب يكون التطليق فيها جزاء على خطأ ارتكبه أحد الطرفين قبل الطرف الآخر، وأسباب علاجية تستهدف أن يكون التطليق هو العلاج لحالة لا يستقيم معها استمرار العلاقة الزوجية(١).

وفي حالة التطليق للنوع الأول من الأسباب يجوز التصالح بين الطرفين قبل الحكم بالطلاق، وفي هذه الحالة لا تجوز العودة إلى التمسك بالتطليق لذات السبب الذي تم التصالح في شأنه. وقد يكون التصالح

= فيه. لذلك رأت الكنيسة من أول الزمان أن تفسخ الزيجة عندما ترى المرأة قد شرعت في الزنا. كما إذا سكرت الزوجة أو ترددت على الملاهي مع رجال أجانب بدون إذن زوجها أو ما يجري مجرى ذلك مما يشين عرضها أو يعرضها لخطر الفساد. ويتفرع منه كذلك إذا تحيل الرجل على فساد عفة زوجته بأي سبب كان». دمنهور الابتدائية في ١٩٥٦/٤/١٠، صالح حنفي ٢٩٤.

(١) ملاحظة عامة: أنه في أسباب التطليق القائمة على مفهوم الضرر، مثل الايذاء الجسيم، لا يلتزم القاضي بعرض الصلح على الزوجين؛ «عرض الصلح على الزوجين قبل ايقاع الطلاق لا توجبه مجموعة قواعد الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس وما جاء بالمادتين ٥٩ و٦٠ من تلك المجموعة لا مجال لتطبيقه أمام القضاء الوضعي «نقض ١٩٨٩/٥/١٦، كما سبقت الاشارة إليه.

صريحاً وقد يستفاد بطريقة ضمنية.

ويضاف إلى ذلك أنه في حالة التطليق لأسباب عقابية فإن الآثار التي تترتب على التطليق لابد وأن تختلف في حق الزوج المخطئ عنها في حق الطرف البرئ من الخطأ.

ونعرض فيما يلي لأسباب التطليق الجزائية ثم أسباب التطليق العلاجية.

المطلب الأول

أسباب التطليق الجزائية

أولاً: محاولة الاعتداء على حياة الزوج الآخر والإيذاء الجسيم:

نصت المادة ٥٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ على أنه «إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر، أو اعتاد إيذاءه إيذاء جسيماً يعرض صحته للخطر، جاز للزوج المجني عليه أن يطلب الطلاق».

ويستند هذا النص إلى فكرة مستمدة من واجبات كل من الزوجين قبل الآخر. ذلك أن الشريعة المسيحية تلزم كل منهما بحسن المعاشرة، بأن يكون رحيماً ليناً مع الطرف الآخر.

ويلاحظ أن النص السالف ذكره يعرض لحالتين مختلفتين من حيث طبيعة كل منهما ومن حيث الشروط الواجب توافرها للتطليق.

(١) محاولة الاعتداء على حياة الزوج الآخر[١]:

وهى حالة تنبئ عن معنى محدد وهو اتيان فعل ينصرف مباشرة إلى تهديد حياة الطرف الآخر وتعريضها للخطر. ومن هذا القبيل الشروع

---

(١) وإن الاعتداء الذى يبرر التطليق إنما هو الاعتداء المادى الذى يصل إلى محاولة القتل، أما إذا لم يصل إلى هذه المرتبة من الخطورة فإن تكراره يغنى عن تلك المرتبة بحيث يضر بصحة الزوج الواقع عليه الاعتداء» استئناف القاهرة ١٩٥٧/٥/٢٢ دعوى رقم ٤٠ س ٧٤ ق.

وقد قضى أيضاً أن الاعتداء الذى يبرر التطليق لدى الأقباط الأرثوذكس هو الذى يصل إلى حد محاولة القتل ويكفى فيه أن يقع مرة واحدة أو الذى لا يصل إلى هذا الحد ولكنه يبلغ من الجسامة بحيث يترتب عليه تعريض صحة الزوج المعتدى للخطر، وفى هذه الحالة يشترط تكرار الاعتداء بحيث يصبح عادة لدى الزوج المعتدى ويستوى فى الحالتين أن يكون الزوج المعتدى فاعلا أصلياً أو شريكاً فى الاعتداء، ولكنه لا يشترط أن يتحقق فيه موجب توقيع العقوبة الجنائية لأن الأمر مرده إلى اخلال الزوجة بما يمليه عليه ميثاق الزوجية المقدس من واجب التعاون والإخلاص واحسان المعاشرة. وإذا كان الثابت من مدونات الحكم أن ما ينعيه الطاعن من تحريض زوجته المطعون ضدها أهلها على الاعتداء عليه كان بقصد تأديبه لا لعله وقد خلت الأوراق مما يدل على خلاف ذلك أو اعتياد الزوجة اتيان هذا الفعل فإنه على فرض التحريض فإنه لا يتوافر به موجب التطليق وفق المادة ٥٥ من مجموعة سنة ١٩٣٨ (نقض ١٩٣٨/٢/٢٤ س ٣٢ ص ٦١٧).

كما قضى بأن الاعتداء بالسب وبالضرب الذى لا يترك أثراً لا يجيز التطليق حتى ولو كانت شكوى الزوجة قد اتخذت شكلا رسمياً حكم على الزوج من أجله بالغرامة والتعويض. وأن السب الذى صدر فى حقها بألفاظ نابية لم يبلغ حداً من الجسامة تبرر التطليق وفقاً لقواعد شريعة الأقباط الأرثوذكس إذ الاعتداء الذى يعتد به هو ما أشارت إليه المادة ٥٥ هو الذى يصدر على حياة الزوج الآخر أو الاعتداء الذى يأخذ صفة الاعتياد ويعرض حياة الآخر للخطر (القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/١٢/١٢ فى القضية ٧٦٧ لسنة ١٩٥٦- اهاب اسماعيل، السابق، ص٢٠٧).

فى القتل، أو الاعتداء بالضرب أو الجرح، ووضع السم فى الطعام أو الشراب. ولا يقتصر الأمر على مجرد اتيان أفعال مادية يتعرض لها المجنى عليه مباشرة بل يتعدى ذلك إلى كل ما يعرض حياته للخطر ولو بغير هذا الأسلوب. وهو ما يتحقق مثلا باتهام أحد الزوجين للآخر زوراً بارتكاب جريمة عقوبتها الاعدام، أو عدم تنبيهه إلى خطة وضعها آخرون لقتله. وفى جميع حالات الاعتداء على الحياة يجب أن تتوافر عدة شروط منطقية يتفق اقتضاؤها مع فلسفة هذا السبب من أسباب التطليق، إذ يتعين من ناحية أولى أن يكون الاعتداء مقصوداً أى أن تتوافر لدى الفاعل نية اتيان الفعل وتحقيق نتيجته. أما إذا كان الفعل قد وقع بطريق الخطأ أو الاهمال فلا تتحقق الحالة التى نحن بصددها. فاصابة أحد الزوجين فى حادث سيارة كان يقودها الزوج الآخر لا تدخل ضمن المدلول السابق، مادام الأمر لا يتعدى الخطأ أو الاهمال، كذلك الحال فى واقعة ضرب بقصد التأديب دون استهداف القتل أو استهداف إحداث عاهة مستديمة.

وإذا توافرت مقومات الاعتداء كسبب للتطليق حكم القاضى به يستوى فى ذلك أن يكون الزوج المخطئ فاعلا أصلياً أو مجرد شريك لآخرين، مادامت قد توافرت لديه نية الاعتداء وقصد إليه، وكان مدركاً ومميزاً لأفعاله.

(٢) الايذاء الجسيم:

يفترض فى هذه الحالة وقوع اعتداء لا يرقى إلى درجة الاعتداء

على حياة الطرف الآخر. ويشمل صورتين إحداهما مادية والثانية معنوية.

أما الايذاء المادي: فيتمثل في كل أذى مادي يلحقه أحد الزوجين بالزوج الآخر، سواء تمثل في الضرب أو تعمد نقل مرض معد إلى الطرف الآخر.... الخ.

وتشترط المادة ٥٥ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس[١] أن يكون الإيذاء الجسيم هو الذي يعرض المعتدى عليه لخطر صحي واضح محدد. ويستدل عادة على جسامة الايذاء من تكراره. لذلك قضى بأن ادعاء الزوجة أن زوجها دأب على الاعتداء عليها بالضرب لا يكفي للحكم بالتطليق إذا لم تقدم الزوجة ما يؤيد هذا الادعاء. فإعتداء أحد الزوجين على الآخر بالضرب الذي لم يترك أثراً لا يجيز التطليق، إنما ما يجيزه هو الاعتداء المادي الذي يصل إلى محاولة القتل. أما إذا لم يصل الاعتداد إلى تلك المرتبة من الخطورة فإن تكراره مع جسامته قد تغنى عن تلك المرتبة، بحيث يضر بصحة الزوج الواقع عليه ذلك الاعتداء.. كما قضي بأنه إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن الاعتداء المنسوب وقوعه

---

(١) «إذا اعتدى أحد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد ايذاءه ايذاء جسيماً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجنى عليه أن يطلب الطلاق». وتنص المادة ٩٢ من قواعد السريان الأرثوذكس على أنه «إذا تحيل أحد الزوجين على الإضرار بحياة الآخر بأية وسيلة كانت أو علم بأن آخرين يسعون في ذلك فيمكنه أو لم يظهره لقرينه ثم انكشف الأمر وثبت ذلك يفسخ الزواج بفارق الخائن».

من الزوج على زوجته لا يخرج عن كونه واقعة ضرب واحدة اعترف بها المدعى عليه وعلل الباعث له على ارتكابها بعناد زوجته وعدم طاعتها له ولم تدعي الزوجة أن اعتداء آخر وقع عليها فإن شرط التكرار لا يتوافر.

وحصيلة ما سبق أن أي اعتداء يعرض صحة الزوج الآخر للخطر أو للتلف يعد جسيماً ويكتفى فيه ولو مرة واحدة، كتعمد نقل مرض معد. أما ما هو دون ذلك فلابد، لكي يوصف بالجسامة، من تكراره. ولكن يلاحظ أنه لا يشترط أن يرد التكرار على ذات الفعل، كتكرار الضرب، ولكن يمكن أن يتم التكرار بتعدد أفعال مختلفة، كأن يضرب الزوج زوجته مرة ثم يتهمها بالسرقة، ثم يتهمها بالزنا..... الخ.

الإيذاء المعنوي: ثار التساؤل حول الاعتداد بالايذاء المعنوي الجسيم كسبب لطلب التطليق، وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة في أحد أحكامها[1] إلى أن مفهوم الايذاء الجسيم هو مفهوم مادي فحسب، ولا يدخل فيه بالتالي الإيذاء المعنوي. غير أن أغلبية الفقه تتجه إلى التسوية بين الأمرين على أساس أن الايذاء الأدبي أو الايلام النفسي كالسب والقذف والشتم والاهانة والاتهام بارتكاب الجرائم أو الأفعال الماسة بالشرف والاعتبار.. كل ذلك يدخل تكرار حدوثه ضمن مفهوم الايذاء الجسيم الذي يعرض صحة الزوج المعتدى عليه للخطر،

---

(١) ٢٧ يوليو سنة ١٩٥٦ في الدعوى ١٢٨ س ٧٢ ق - خفاجي وجمعة ص ١٠٧.

حيث يؤثر تكرار مثل هذه الأفعال على صحة المجنى عليه ويعرضه للخطر نفسياً ومادياً. وتقدم كتب الفقه المسيحى أمثلة على هذا القول.. كتحايل الزوج على افساد عقيدة زوجته المسيحية.. أو أن يشهد عليها كذباً بما يمس شرفها وعفتها.. أو يدفعها إلى من يفجر بها.. أو أن يتعمد عدم الاتصال الجنسي بها (الأرمن) أو أن يتعمد ابقاء الزوج الآخر فى حالة عقم.

وتطبيقاً لذلك فإن هجر الزوج لزوجته مثلا وامتناعه عن الانفاق عليها واساءة عشرتها وجمعه الأشرار بمنزله لدفع زوجته فى طريق غير شريف بقصد الحصول على المال لاشباع هوايته في شرب الخمر ولعب الميسر، كل ذلك يعد بغير شك إيذاء جسيماً يعرض صحتها للخطر مما يسوغ معه فصم عرى الزوجية بينهما. كما قضى بأن من الأذى النفسى ما تكون نتيجته التأثير على صحة الإنسان السليم أكثر مما يؤثر عليها الضرب أو استعمال القسوة.. كما قضى بأن تمادى كل من الزوجين فى اتهام الآخر بما يشينه وما يمس شرفه ويؤكد الكراهية بينهما وانهيار حياتهما العائلية، يبرر فسخ الزواج، لأن العودة للحياة الزوجية أصبحت ميئوساً منها[1].

---

(١) وراجع ما قضى به من أن من صنوف الأذى المعنوى ما هو أشق وأمر على النفس من الأذي الجسمانى فتكون نتيجته التأثير على صحة الإنسان السليم. المنيا الابتدائية، ١٩٥٨/٤/١٠ دعوى رقم ٧ س ٥٨ وكان الزوج قد اتهم زوجته بالزنا مع والده. وراجع استئناف القاهرة ١٩٥٨/٦/٢٥ دعوى رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق.

- غير أن الاهانة المعنوية يجب أن يتوافر لها - كما تشير الأحكام القضائية - التكرار حتى تنهض سبباً للتطليق. لذلك فإن الواقعة المنفردة لا تصلح لهذا الغرض. ومن قبيل ذلك ما قضى به من أنه إذا كانت الزوجة ترى أن في التبليغ من زوجها بأنها سرقت نقوده اهانة أدبية، فإن الظاهر من الحكم الصادر في الجنحة المباشرة التى رفعتها الزوجة على زوجها واتهمته فيها بأنه أبلغ كذبا مع سوء القصد أنها سرقت، أنه قد نفي عن هذا الزوج نيته، لأنه لم يتردد في المسارعة إلى نفي السرقة عندما وجد متاعه، فليس في تبليغ الزوج أية اهانة في هذه الظروف. . لذلك فبهتان الايذاء الأدبي غير واضح، وخشية الايذاء مستقبلا مجرد افتراض لا يبنى عليه التطليق.

غير أن هناك من صنوف الإيذاء المعنوى ما قد يصل إلى حد الجسامة ولو حدث مرة واحدة. وفي هذه الحالة يجوز للمحكمة أن تحكم بالتطليق رغم عدم توافر التكرار.

- ومن هذا القبيل أن تتهم الزوجة زوجها بجريمة خلقية شاذة تستوجب الحكم عليه بالأشغال الشاقة، فإذا ثبت سوء نيتها وعلمها بكذب الاتهام فإن ذلك يصلح سبباً للتطليق(١).

ويدخل في هذا الاتجاه أيضاً المواقعة الشاذة بحسبانها أمراً تنهى عنه كل الأديان السماوية وتنفر منه النفوس الأبية. . فهو بذاته . . إن

---

(١) القاهرة الابتدائية في ٤ يناير سنة ١٩٥٦، الدعوى رقم ١٢٠٦ لسنة ١٩٥٦.

صح، ينهض سبباً للتطليق[1].

ثانيا: الفرقة واستحكام النفور:

تنص المادة ٥٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس على أنه «يجوز أيضاً طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه اخلالا جسيماً مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية».

وقد رددت محكمة النقض المصرية مضمون هذا الحكم في قضاء لها جاء فيه «وأن من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استحكام النفور بين الزوجين الذي يجيز الحكم بالتطليق إعمالا للمادة ٥٧ من مجموعة سنة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس يلزم أن يكون نتيجة اساءة أحد الزوجين معاشرة الآخر أو اخلاله نحوه اخلالا جسيماً أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما ثلاث سنوات متتالية، على ألا يكون الخطأ في جانب طالب التطليق حتى لا يستفيد من خطئه. فإذا كان مرد الخطأ لا إلى الطرف الآخر بل من الزوجين معاً واستحالت الحياة بينهما، فإنه

---

(١) القاهرة الابتدائية في ١٤ ديسمبر ١٩٥٦، الدعوى رقم ٧٦٧ لسنة ١٩٥٦، مشار إلى الحكمين السابقين في مجلد نادي القضاء ص ٢١١.

يجوز التطليق فى هذه الحالة أيضاً، لتحقق ذات العلة، وهى تصدع الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه دوام العشرة(١).

ويلاحظ على هذه الحالة من حالات طلب التطليق أنها تترك مجالاً أكثر اتساعاً لفض الرابطة الزوجية إذا تمكنت الكراهية أو النفور بين الزوجين على نحو استحالت معه مداومة العشرة بمقاصدها الطبيعية.

ويتعين لتوافر هذا السبب من أسباب التطليق توافر ثلاثة شروط أساسية: استحكام النفور - استمرار ذلك لمدة ثلاث سنوات متوالية - ألا يستفيد المخطئ بخطئه. ونعرض لهذه الشروط فيما يلى:

الشرط الأول: استحكام النفور:

والتعبير يعكس حصيلة ما تؤول إليه علاقة الزوجين فى بعض الحالات نتيجة لإساءة المعاملة من أحد الطرفين للآخر. وتأتى هذه الإساءة متمثلة فى الاخلال الجسيم بالواجبات الزوجية على نحو يصبح استمرار المعيشة متعذرا إن لم يكن مستحيلا، وفى ذلك تقول **محكمة النقض المصرية** «أنه يتعين للقول باستحكام النفور بين الزوجين أن تقوم الجفوة بينهما بما يجعل حياتهما المشتركة أمراً غير محتمل، وبحيث يكون الصدع الواقع مما يصعب علاجه أو تفاديه». ومن لوازم تحقق هذا الشرط

---

(١) نقض ١٠ نوفمبر ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض س ٢٧، ص ١٥٧٤، ١٥/ ١١/ ١٩٧٥ ص ١٣٦٦، ١٩٧٦/٤/٢٨ ص ١٠٢٨، ونقض ١٩٨٧/٤/١١، طعن ١٠٥ س ٥٥ ق.

أن يقوم الدليل فى جانب من أسند إليه. ويقع عبء الاثبات على من يدعي اخلال الآخر بواجباته والتزاماته على النحو السابق.

ويقدر القاضى فى كل حالة على حدة حسب الظروف والملابسات التي تحيط بواقعات الدعوى مدى توافر الحالة المذكورة من عدمه، وفى بحثه فى هذا الأمر يقيس الأمور وفقاً لمعيار شخصى يدخل فيه المكانة الاجتماعية للمعتدى عليه ومكانته الأسرية، ومدى ثقافته... الخ.

ويلاحظ أن صياغة الأمر فى اطار «الاستحكام» و«النفور» يجعل من الحالة التى تعرض لها كسبب للطلاق ذات مواصفات خاصة. إذ يتعين على القاضى أن يستخلص توافر هذه الحالة استناداً إلى شواهد ثابتة ومطردة.

ولذلك فإن كان ما بين الزوجين مجرد غضبة طارئة أذكت نارها ظروف خارجية كمطالبة الزوجة الدائمة بعش لا يشاركها فيه غير زوجها.. أو أن الأمر مرده سوء تفاهم يرجع إلى تصرفات شاذة لوالدة الزوج قبل زوجته ومناصرته لها قبل زوجته.. فمثل هذه الأمور لا ترقى إلى النفور واستحكامه[1].

وعلى العكس من ذلك إذا تبين أن التصدع فى الحياة الزوجية أصبح جسيماً بحيث لم تفلح فى اصلاحه كل سبل التوفيق من خلال

---

(١) القاهرة الابتدائية ١٩٥٧/٢/٢ رقم ١٦١٢ لسنة ١٩٥٦ مجلة نادى القضاة ص ١٨٥.

تدخل الأهل والأقارب ورجال الدين، بحيث أصبحت الحياة مستحيلة بينهما مما لا تتحقق معه أغراض الزواج.. وأن الكراهية المتبادلة قد استفحلت بما يتعذر معه إبقاء رابطة الزوجية.. إذا ثبت ذلك فإن القاضي يحكم - إذا توافر الشروط الأخرى - بالتطليق.

الشرط الثاني: استمرار النفور لمدة ثلاث سنوات متتالية:

وقد فرضت هذا القيد المادة ٥٧ من مجموعة الأقباط سالفة الذكر. ويستهدف هذا الشرط الاستيثاق من أن مضى المدة لم يصلح ما بين الزوجين، بل على العكس تأكد النفور في علاقاتهما. والفرض أن تكون الفرقة والنفور لثلاث سنوات متتالية، أي ألا تكون لمدد متفرقة. وهو تحديد يؤكد على استقرار التأزم بين طرفي العلاقة الزوجية. فإذا كان النفور متقطعاً، بحيث يعقبه في كل فترة وفاق وتصالح، فإن الحالة لا تعد مستحكمة، وبالتالي لا يتوافر هذا الشرط للحكم بالتطليق.

ويلاحظ بعض الفقه أنه لا يجب التشدد في تحديد وقف النفور أو انقطاعه وإلا استحال عملا توافر شرط المدة. ويجب التفرقة بين الصلح الكامل، الذي يؤدي إلى انقطاع المدة بحيث لا يمكن التمسك بالطلاق إلا إذا توافر سبب جديد واكتملت المدة مرة أخرى، وبين مجرد محاولة الصلح إذا يتعين على القاضي أن يفرق في هذا الصدد بين الصلح ومجرد محاولة الصلح، فالثانية لا قيمة لها ولا تؤثر على اكتمال المدة، على خلاف الأولى. يضاف إلي ذلك أن مجرد التقابل أو تبادل الحديث بين الزوجين على النحو الذي تقتضيه موجبات الحياة اليومية أو

الظهور بمظهر لائق أمام الأسرة والأبناء. كل ذلك لا يؤثر موضوعياً على توافر حالة النفور واكتمال مدتها مادامت حقيقة الحال هي التصدع الذي لا رجعة فيه، والفرقة طعاماً، فراشاً ومسكناً في آن واحد. وعلى العكس لا تعد فرقة الافتراق في الفراش فقط إذا جمع بين الزوجين مسكن واحد، فالنفور لا يعد في هذه الحالة مستحكماً.

وتحتسب المدة من تاريخ بدء النفور بينهما، والأمر في تحديد ذلك متروك لتقدير القاضي، حسب ظروف الدعوى ويحسب اكتمال المدة عند طلب الطلاق، وليس عند الحكم في الدعوى.

الشرط الثالث: ألا يستفيد المخطئ بخطئه:

ومفاد ذلك أن من يتسبب في النفور لا يجوز له أن يطلب التطليق.. لأن الطلب مقصور في هذه الحالة على المعتدى عليه(١). وعلى هذا الأساس فمن يقيم الدليل على أن الطرف الآخر هو الذي أخل بواجباته، وأدى بمسلكه استحكام النفور، يعتبر بالتالي غير مخطئ يحق له دون الطرف الآخر (المذنب) طلب الحكم بالتطليق. وقد قضى تطبيقاً لذلك بأنه إذا كانت الفرقة قد انبعثت أصلا بفعل الزوج ثم استطالت بسبب الكراهية لزوجته فإنه – أي الزوج – لا يستفيد في هذه الحالة من طول الفرقة للتذرع بها كسبب من أسباب التطليق لأنه هو العامل عليها

---

(١) راجع نقض ١٩٨٧/٥/١٧ طعن رقم ١١٤ س ٥٥ ق و١٩٨٧/٤/١١ الطعن رقم ١٠٥ س ٥٥ ق. ونقض ٢٠٠٠/١١/٢٥، طعن ٤٦ س ٦٦ ق.

وكذلك الحال بالنسبة للزوجة حيث لا تستفيد من طول الفرقة إذا كانت هى التى هجرت منزل الزوجية رغبة فى الاستقلال بمنزل خاص وفرض نفقة لها، وكان الزوج قد عرض من جانبه ما يستطيع أن يدفعه من النفقة. في هذه الظروف تكون استطالة الفرقة راجعة إلي تعنت الزوجة. وقضى أيضاً أنه لا يجوز طلب التطليق إلا لمن أضير من سوء سلوك الزوج الآخر وفساد أخلاقه وانغماسه فى حياة الرذيلة، وليس ذلك المتسبب فى النزاع حتى لا يستفيد مما أثم. وفى المقابل لذلك يكون حق طلب الطلاق للزوج وحده إذا كانت الزوجة هى المتسببة فى النفور. فإذا ثبت أن الزوجة هى التى هجرت منزل الزوجية، على غير رغبة زوجها ودون علمه، استطالت الفرقة أكثر من ثلاث سنوات بفعل الزوجة.. فتكون قد عملت من جانبها على استحالة عودة الحياة الزوجية.. وكذلك الحال لو أن الزوجة هى التى تبرمت بزوجها منذ أن ضاقت حالته المالية وتركته أكثر من مرة للاشتغال بمنطقة القنال على غير رغبة منه ولم تفلح معها توسلاته بطلب العودة إليه، ولا يجوز بحال وهذا موقفها أن تستفيد من خطئها.

- ولكن يلاحظ أن دعوى[1] التطليق لاستحكام النفور إذا

---

(١) يلاحظ أن رفض دعوى التطليق المقامة من أحد الزوجين لثبوت أن الفرقة كانت من جانبه، لا يحول دون حقه فى اقامة دعوى جديدة إذا أثبت أن الزوجة هى سبب الفرقة وتوافرت شروطها. نقض ١٩٨١/١٢/١٤ س ٣٢ ص ٢٣٠٩. وقد قضى بأن القضاء برفض دعوى التطليق التى كانت مقامة من المطعون ضده على الطاعنة لعدم دوام الفرقة مدة ثلاث سنوات متصلة مفاده رفض الدعوى بحالتها وأن ذلك لا يحول دون رفع دعوي جديدة بذات الطلبات بعد إكتمال المدة، وأن قضاء الحكم المطعون فيه برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها لاكتمال مدة الفرقة بين الزوجين واختلاف هذه المدة عن مدة الفرقة التى أثيرت فى الدعوى السابق، هو قضاء صحيح: نقض ٢٠٠١/١/٢٢ طعن ٢٧١ س ٦٦ق.

رفضت على أساس أن رافعها هو المخطئ فإن ذلك لا يحول دون من خسر الدعوى لهذا السبب وتجديد طلبه بدعوى جديدة، إذا حدثت الفرقة من جانب الطرف الآخر، وامتدت لمدة ثلاث سنوات. فإذا عمد الزوج الذى رفضت دعواه إلي اصلاح ذات البين بكافة الوسائل، وتعهد بتنفيذ مطالب زوجته وشروطها، ولكنها رفضت الحياة الزوجية، فإن من حقه أن يطلب الطلاق إذا امتدت الفرقة نتيجة لموقف زوجته لمدة أخرى تزيد علي الثلاث سنوات، على أساس أن موقف الزوجة فى هذه الحالة يمثل اخلالا جسيماً بواجباتها، ويحقق لزوجها طلب الطلاق. وتحسب مدة الثلاث سنوات فى هذا الفرض المعروض من تاريخ صدور الحكم فى دعوى الطلاق السابقة وحتى تاريخ طلب التطليق[1].

حالة الخطأ المشترك:

قد يساهم كل من طرفي العلاقة الزوجية فى تحقيق الفرقة واستحكام النفور، على نحو يخل فيه كل منهما قبل الآخر بواجباته الزوجية ويدلى بسهمه فى تصدع الحياة الزوجية. وفى هذه الحالة يكون لكل منهما أن يطلب الطلاق، ويكون حكم الطلاق بناء على الخطأ

---

(١) راجع نقض ١٩٨٢/٣/١٦ الطعن رقم ٢١ ص ٥٠، نقض ١٩٨١/١٢/١٤ الطعن رقم ٦٨ س ٤٩. وحدوث الفرقة بين الزوجين فى فترة ما بسبب من أحدهما لا يمنع أن يكون امتدادها فى فترات تالية نتيجة خطأ فى جانب الزوج الآخر، فإن رفض الدعوى المقامة من أحد الزوجين بطلب التطليق استناداً لهذا السبب لا يعد بذاته دليلا على أن الخطأ من جانبه متى امتدت الفرقة ثلاث سنوات أخرى وأثبت أن زوجه المتسبب فى ذلك: نقض ٢٠٠١/٢/٢٦ طعن ٣٩٦ س ٦٦ ق.

المشترك. وقد قضى فى هذا المعنى بأن المحكمة تفحص الأمر لتقدير مسئولية كل من الطرفين عن أسباب الخلاف التى أدت إلى استحالة دوام الحياة الزوجية. وتخلص المحكمة إلى أن الخطأ مشترك بين الزوجين: فكما أن الزوج ذهب إلى حد التنكيل بزوجته والتشهير بذويها واتهامها بسرقة المجوهرات التى قدمها لها كهدية. والزوجة من جانبها قد تركت منزل الزوجية لتلتحق بالمعهد متجاهلة أنها أصبحت بعد الزواج ملزمة بالعيش فى كنف زوجها وأن تقوم على خدمته ورعايته. فهى البادئة بإثارة زوجها وهي التي دفعته إلي ما ارتكبه من اثم في حقها وحق ذويها، ومن ثم كان التطليق بخطأ الزوجين معا[1].

ثالثا: الخروج عن الدين المسيحى:

يعتبر الخروج عن الدين المسيحى سببا للطلاق عند المذاهب

---

(١) استئناف القاهرة فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٥٨، الدعوي رقم ١٠٥ لسنة ٧٥ ق.. وقد قضى بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بالتطليق مما استخلصه من أقوال شهود الطرفين والمستندات أن المطعون ضده دائم التعدى على الطاعنة بالقول والفعل وأن مجموع الخلافات بينهما مع الفرقة أدى إلى الكراهية واستحكام النفور مما ترتب عليه أن الخطأ مشترك بين كل طرف قبل الآخر. وكان مفاد نص المادة ٤٦ من لائحة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس أنه يتعين على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى، وكان الفرقة التى جعلها الحكم عمدته لم تلجأ إليها الطاعنة إلا نتيجة اخلال الزوج المطعون ضده بواجب من واجبات الزوجية الملقاة على عاتقه واصراره على التعدى عليها بالقول، فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص من ذلك إلى تطليق الطاعنة فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون وعابه الفساد فى الاستدلال» ٢٠٠١/٨/٢٩ طعن ٣٩٧ س ٦٧ ق.

المسيحية الثلاثة. وقد نصت المادة ٥١ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس على أنه إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي وانقطع الأمل من رجوعه إليه جاز الطلاق بناء على طلب الزوج الآخر. ويستند هذا السبب إلى ما نسب إلي بولس الرسول من قوله «وأما الباقون فأقول لهم أنا لا الرب إن كان أخ له امرأة غير مؤمنة وهي ترفض أن تكون معه فلا يتركها، والمرأة التى لها رجل غير مؤمن وهو يرضى أن يكون معها فلا تتركه لأن الرجل غير المؤمن مقدس فى المرأة، والمرأة غير المؤمنة مقدسة فى الرجل، وإلا فأولادكم نجسون وأما الآن فهم مقدسون. ولكن إن فارق غير المؤمنين فليفارق، ليس الأخ أو الأخت مستعبداً فى مثل هذه الأحوال ولكن الله قد دعانا فى السلام».

- وواضح من صياغة القول السابق أنه يجعل الأمر علي قدر من المرونة يتوقف فيها الطلاق علي رغبة من بقى على دين المسيحية من الزوجين. وقد تأكد هذا المعنى بما جاء فى الخلاصة القانونية للأقباط الأرثوذكس من أنه «إذا خرج أحد الزوجين من الديانة النصرانية وترجع قطع الرجاء من ارتداده للدين المسيحي، وتشكى من ذلك الزوج الآخر ورغب التصريح له من الرئيس الشرعى بالتزوج بآخر مؤمن، فإن كان الزوج المفارق المذهب خرج عن ايمانه قسرياً وجب على الرئيس إمهال الزوج الآخر مدة يمكنه احتمالها، أعنى مدة لا يلحقه ضرر من مكوثها بدون زيجة.. ومتى مرت ولم يرجع المفارق، وتأكد اليأس من توبته يمكن للزوج الآخر شرعاً من التزوج بمن يريد، سيما إذا كان المفارق النصرانية تزوج زيجة خارجة عن المذهب».

كما جاء في مشروع مجموعة الأقباط لسنة ١٩٥٥ أن الزواج «ينفسخ إذا خرج أحد الزوجين عن الدين المسيحي» وهذا الفسخ هو في حقيقته تطليق لابد أن يصدر به حكم من القضاء.. ذلك أن الفسخ المشار إليه «لا يعتبر شرعياً ما لم ينظر السبب الموجب لدى الحاكم الشرعي المتصرف في ذلك ويوقع الحكم رسمياً بالفسخ بناء على ما يثبت من التحقيق[1].

- وواضح من النصوص السابقة التأكيد علي ذات المعنى السابق الاشارة إليه من مرونة هذا السبب وضرورة إعطاء فرصة قبل التطليق يتم فيها امهال الطرف الآخر، والتحقيق في الأمر بواسطة القضاء المختص.

- غير أن تطبيق القاعدة السابقة يتأثر في القانون المصري بالقواعد الخاصة بتحديد ولاية الشريعة الإسلامية في مواجهة الشرائع الأخرى[2]. فالفرض المعروض يتمثل في وجود حالة يختلف فيها الزوجان ديناً، وهو فرض لا يخرج عن أحد أمرين: الأول أن يكون من خرج من الدين المسيحي قد انضم للديانة الإسلامية، وفي هذه الحالة تطبق الشريعة الأسلامية بغير تحفظ. ولا تستطيع الزوجة المسيحية أن تطلب الطلاق لمجرد أن زوجها قد أسلم، حيث أن من حقوق المسلم في الشريعة الإسلامية أن يتزوج من كتابية. كما أن دينه

---

(١) الخلاصة القانونية - المسألة ٢٥.

(٢) راجع: جميل الشرقاوي، السابق، رقم ٧٦.

يعترف بدينها وهو مطالب شرعاً بالتالى بتمكينها من ممارسة شعائرها.
أما إذا كانت الزوجة هى التى اعتنقت الإسلام فإن علاقتها بزوجها الذى ظل على المسيحية تنفصم بقوة القانون مما يستتبع التفريق بينهما فوراً[١].

أما إذا كان التغيير إلى غير الإسلام، فإن الشريعة الإسلامية وهى التى تصبح واجبة التطبيق، بسبب اختلاف العقيدة، لا تجعل من اختلاف الديانة بين أهل الكتب السماوية، اليهودية والمسيحية، سبباً للتطليق حيث يقر الإسلام الزواج بينهما.

– ويلاحظ أخيراً أن الأحكام السابقة تتعلق بالخروج عن الدين، ولا تنطبق على الخروج على المذهب، فليس فى شرائع المسيحيين ما يجيز طلب التطليق إذا خرج أحد الزوجين عن مذهبه إلى مذهب آخر. وغاية ما ورد فى بعض النصوص فى هذه الحالة الأخيرة، هو مجرد وعظ الشخص المفارق لمذهبه وتأنيبه.

---

(١) ومعنى ذلك أن الأحكام الخاصة الواردة فى الشرائع المسيحية يتعطل إعمالها حيث تخضع العلاقة فى جميع الأحوال، للشريعة الإسلامية، إما لاعتناق الإسلام وإما للاختلاف فى العقيدة.

المطلب الثاني

أسباب التطليق العلاجية

ويجمع بين هذه الأسباب أنها حالات تصبح فيها رابطة الزوجية غير محققة لأهدافها، ولا يرجى منها ذلك مستقبلا، مما يقتضى، علاجاً للوضع، الحكم بالتطليق.

أولا: المــــرض

نصت المادة ٥٤ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ على أنه إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق أو بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر يجوز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق[1] إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون أو المرض وثبت أنه غير قابل للشفاء. ويجوز للزوجة أن تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على اصابته به ثلاث سنوات وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها من الفتنة». وقد أعيد النص على ذات المبدأ فى مشروع مجموعة سنة ١٩٥٥ مع بعض الاختلاف في التفاصيل حيث نصت المادة ٥٢ منها على أنه إذا أصيب أحد الزوجين بجنون مطبق يجوز للزوج

---

(١) راجع: جميل الشرقاوى، السابق، رقم ٧٩.

وإذا كان أحد الزوجين مصابا قبل الزواج بمرض قاتل كالسل المتقدم والسرطان والجذام (م ٢٧ من لائحة الأقباط الأرثوذكس) فإن الزواج يقع باطلا ولو رضى به الزوجان أو أذن به ولى القاصر وللزوجين وكل ذى شأن حق الطعن فيه (م ٤١ من اللائحة)، راجع: نقض ٢٠٠١/٦/١٩ طعن ١٣٣ س ٦٧ ق.

الآخر أن يطلب الطلاق إذا كان قد مضى خمس سنوات على الجنون وثبت أنه غير قابل للشفاء. ويجوز للزوجة أن تطلب الطلاق إذا أصيب زوجها بمرض العنة وثبت أنه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى عليها فيه من الفتنة ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات».

ورغم هذا الاختلاف فى مشروع مجموعة سنة ١٩٥٥ عن مجموعة سنة ١٩٣٨ إلا أن المحاكم فى مصر تجرى على تطبيق نص هذه الأخيرة بما ورد فيه من شروط. والواضح من هذه الشروط أن شريعة الأقباط الأرثوذكس لا تطلق الأمر فى شأن المرض كسبب للتطليق بل تقيده على نحو محدد... فليس كل مرض أياً كان قدره وجسامته يبرر طلب التطليق[1]. وتعتمد هذه الفكرة على مفهوم إنسانى لوجوب التعاون والتعاضد بين الزوجين، إذ من واجب كل منهما أن يقف إلى جانب الآخر، خاصة فى حالة المرض، وأن يتحمل آلامه، ولو إلى حين معقول من الزمن. لذلك فإن المرض لا يبرر التطليق إلا إذا توافرت فيه عدة شروط تؤكد فى مجموعها مبدأ عدم التخلى بسهولة عن الطرف المريض، كما تؤكد على مبدأ التعاون وواجب المساعدة إلى أن يثبت استنفاد فرص العلاج[2].

---

(١) راجع: القاهرة الابتدائية ١٩٥٦/١١/٢٤ الدعوى رقم ٥٨٦ لسنة ١٩٥٦ و١٩٥٧/٢/٩ الدعوى ٦٨٩ لسنة ١٩٥٧ واستئناف القاهرة ١٩٥٧/٢/٦ الدعوى ٢١٧ سنة ١٩٥٧ و١٩٦١/٢/١٥ الدعوى ١٣ لسنة ١٩٦١.

(٢) راجع: عبد الناصر العطار، السابق، رقم ١٢٩ و١٣٠.

ونعرض فيما يلى للشروط العامة التي يجب توافرها فى المرض الذى يبرر طلب الطلاق وهى تنحصر بصفة أساسية فى أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون المرض طارئاً بعد ابرام الزواج:

المرض المقصود فى مقام الحديث عن أسباب الطلاق هو المرض اللاحق على ابرام العقد، أما إذا كان سابقاً على هذا الوقت فإنه قد يكون سببا من أسباب بطلان الزواج، وقد يكون مانعاً من موانع انعقاده، على اختلاف في التفاصيل عند المذاهب والطوائف المختلفة. لذلك فإن المرض المبرر لطلب الطلاق هو المرض اللاحق علي قيام العلاقة الزوجية. ويجب أن يثبت هذا الأمر بتقارير طبية قاطعة فى هذا الشأن.

وأن يثبت أن المرض على قدر من الخطورة مما يؤدى إلى صيرورة الحياة المشتركة ضرباً من المخاطرة التى لا تحتمل.

– ويتحقق ذلك فى الأمراض المعدية ذات الآثار الصحية الواسعة الضرر. ومن قبيل هذه الأمراض على وجه الخصوص الأمراض المعدية الشديدة الخطر صحياً مثل السل المزمن الذى لا تستقيم معه الحياة المشتركة إلا بضرر جسيم، والاصابة بمرض سرى، والاصابة بشلل بالأطراف المصحوبة برعشة تحول دون استمرار الزوجية على وجهها الصحيح والمقصود.

– ومعنى ذلك أن الأمراض الواردة في نصوص المجموعات إنما وردت على سبيل المثال لا الحصر. وأن العبرة هى فى توافر شروط

معينة فى المرض بما يجعله محبطاً لغايات الزواج والمعيشة المشتركة.
وعلى هذا النحو فإن أي مرض مهما كان نوعه، لا أثر له على استمرار العلاقة الزوجية، إذا ثبت أنه غير معد وقابل للشفاء. ومن هذا القبيل ما قضي به من رفض دعوي التطليق للمرض إذا كان المرض، وهو الارتشاح الدرنى قابل للعلاج والتحسن حسب تقارير الأطباء، وكذلك الحال بالنسبة للدرن الرئوى المصحوب بسل فى الأضلاع وجدار الصدر، مادام قابلا للشفاء، بتوافر العلاج. والمرض السرى فى بدايته كذلك، لا يعد مبرراً للطلاق وكذلك العقم، والنحافة المفرطة المصحوبة بأنيميا واضحة والشلل النصفى إذا كان الزوج المريض قد بلغ سن السبعين[1] مما يتوقع معه حصول مثل هذا المرض، ومرض القلب والكساح، والصرع إذا تأكد عدم الخشية منه علي سلامة الزوج الآخر، والربو.

الشرط الثانى : أن تكون قد مضت على المرض مدة ثلاث سنوات:

ويستهدف هذا الشرط من ناحية تأكيد معنى المساندة والمساعدة الواجبة على أحد الطرفين قبل الطرف المريض. ومن ناحية أخرى لابد أن تمضى هذه المدة لكى يتأكد نسبياً أم المرض المشكو منه قد استحكم علي نحو يرجع عدم القابلية للشفاء منه.

---

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٧/٥/١٥ الدعوى رقم ٢٦ س ٧٤ ق خفاجى وجمعه ص١٣٢، وراجع وقارن: اهاب اسماعيل، انحلال الزواج (١٩٥٩) ص ٢٢٢ حيث يرى تجويز الطلاق للعقم.

ويشترط ضرورة مضى المدة المذكورة فى جميع الحالات، بمعنى أنه لا يكفى أن يثبت على وجه اليقين طبياً عدم قابلية المرض للشفاء، إنما يتعين فضلا عن ذلك أن تمضى المدة المذكورة قبل أن تحكم المحكمة بالطلاق. وهو تأكيد للمعنى العائلى والإنسانى، فضلا عن أن اليقين العلمى، في مجال الطب، ليس يقيناً علمياً بالمعنى المطلق، إنما هو فى جميع الأحوال تقدير للغالب فى مجريات الأمور، حسب آخر ما توصل إليه الطب فى وقت بذاته. وهو، على هذا المعنى، لا يصادر على المستقبل بأى حال من الأحوال.

ومع ذلك فإن إشتراط المدة الطويلة (٣ سنوات) فى حالات الأمراض المعدية يعد أمراً غير مفهوم فالعدوى لن تنتظر ثلاث سنوات لكى تنتقل من المريض إلى الزوج الآخر. فالعدوى تقتضى سرعة العزل والسماح بالطلاق فور التأكد من عدم قابلية المرض للشفاء وخطورته على صحة الطرف الآخر. فانتظار ثلاث سنوات مع وجود الالتزام بالمعيشة المشتركة يمثل خطورة انتقال العدوى ومن ثم زوال الحكمة من وراء تشريع هذا السبب».

الشرط الثالث: ألا يكون طالب التطليق هو المتسبب فى المرض:

وهذا الشرط يستهدف حصر المسئولية - فى بعض الحالات - عن المرض الذى أصاب أحد الزوجين فى الزوج الآخر. وفى هذه الحالات لا يجوز للمتسبب أن يستفيد من خطئه أو تقصيره بأن يطلب الطلاق. ومن

هذا القبيل أن تصاب الزوجة بالسل نتيجة لاهمال الزوج وتقتيره وعدم عنايته بعلاج زوجته. ففي هذه الحالة لا يقبل طلب التطليق من الزوج. **والمسألة هنا مسألة اثبات**، تخضع لتقدير قاضي الموضوع، في النزاع المعروض، على أن يكون استخلاصه سائغاً قائماً على سنده في وقائع الدعوى ومستنداتها.

ويرتبط بهذا الشرط أيضاً عدم جواز طلب الطلاق في حالة المرض إلا من الطرف المضرور، أي الطرف السليم صحيا. ومعنى ذلك أن الطرف المريض لا يستطيع أن يحتج بمرضه هو لكي يطلب الطلاق. ولذلك فإن رغبة الزوج في التخلص من الحياة الزوجية لا تبرر اجابته إلى طلب الطلاق ولو كان سنده مرضه عشرين عاماً بمعدته وسوء حالته الصحية، مما حال دون الوفاء بالمعاشرة الزوجية، وأدى إلى استمرار النزاع لمدة عشر سنوات وترك مسكنه، مادامت زوجته تعلم بحالته وترضاه وترعاه أثناء مرضه.

تطبيقان خاصان: العجز الجنسي والجنون:

خصت مجموعة الأقباط الأرثوذكس العجز الجنسي أو العنة[١] بالذكر كسبب من أسباب التطليق (م ٢/٥٤ من المجموعة) حيث نصت على أن للزوجة طلب الطلاق لإصابة زوجها بالعنة غير القابلة للشفاء..

---

(١) راجع: جميل الشرقاوي، السابق، ص ٣٥٧.

ويقصد بالعنة بالمعنى الواسع العجز الجنسى الذى يعكس قصوراً فى القدرة الذاتية على الجماع الذى يصلح للاتصال الطبيعى وانتاج الزواج لأحد آثاره الهامة وهو الانجاب. **وإذا كان هذا العجز قائماً قبل الزواج فإنه يعد مانعاً من موانعه،** وقد سبق التعرض لذلك. أما إذا طرأ بعد الزواج فإنه يعد سبباً من أسباب التطليق. وكما يتحقق العجز عند الرجل، وهو الفرض الذي عرضت له المادة ٢/٥٤ من المجموعة، فإنه يتحقق أيضاً عند النساء.

وينقسم العجز الجنسى إلى أنواع:

فقد يكون العجز **مطلقاً أو نسبياً**. والعجز المطلق هو عدم القدرة على الاتصال بأى شخص آخر عموماً، أى أنه حائل دون الاتصال بأى شخص من أشخاص الجنس الآخر. أما العجز النسبى فهو الذى يتحقق بالنسبة لشخص معين بالذات، كأن يتبين عدم تناسب عضو التناسل لدى أحد الزوجين بالنسبة للزوج الآخر فحسب.

وقد يكون العجز **دائماً أو مؤقتاً**. والعجز الدائم هو القصور الذى لا أمل فى زواله أو الشفاء منه. والعجز المؤقت، على العكس، ينتظر زواله بمضى الوقت، أو باستخدام وسائل غير خطرة ومشروعة. والعجز المؤقت على هذا المعنى محدود الأهمية وغالباً لا يبرر الطلاق.

والعجز الجنسى قد يكون **مادياً وقد يكون نفسياً**.

والعجز المادى هو الذى يعود إلى سبب عضوى لدى الرجل أو

لدى المرأة. وعند الرجل يتمثل العجز في الجب وهو استئصال عضو التناسل، والخصاء وهو نزع الخصيتين معا، والعنة، بالمعنى الضيق، وهي ضعف العضو التناسلي مما يسبب ارتخاء يعجز الرجل عن الاتصال بزوجته ماديا.. إما بسبب حالة خلقية وراثية أو بسبب اضطراب في الغدد التناسلية. ويتمثل العجز المادي بالنسبة للمرأة في وجود موانع تمنع من الاتصال بها، كانسداد المكان المعد لذلك لأسباب خِلْقِيَّة، كوجود عظام بارزة غير طبيعية، أو وجود غدة مانعة من الاختلاط (وهو ما يسمى القرن).

وقد يكون العجز الجنسي نفسيا: ومعناه تعذر الاتصال الجنسي بسبب الرهبة أو الخوف الشديدين أو استحكام الشعور بالكراهية أو الوساوس الداخلية. وهو ما يسمى بالعنة النفسية. يستوى حكمها بالعجز المادي إذا توافرت بقية الشروط الأخرى للحكم بالطلاق[1].

شروط التطليق للعجز الجنسي:

أولا: أن يكون العجز الجنسي (العنة) طارئا بعد ابرام عقد الزواج:

وهو المعنى المستفاد من نصوص مجموعات الأقباط الأرثوذكس وأقوال فقهائهم. فقد جاء في الخلاصة القانونية أنه إذا حدث لأحدهما

---

(١) يلاحظ أن العقم لا يعد عجزا جنسيا ولا يبرر طلب الطلاق. راجع نقض ١٠/١١/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٥٧٤. قارن: اهاب اسماعيل، المرجع السابق، الموضع السابق.

بعد الزواج[١] ما يمنع بواسطته الاجتماع المقصود بالزيجة من الموانع الشخصية الغير ممكن برؤها، ورغب المعافى منها فى الفرقة، يجاب إلي طلبه وتفسخ الزيجة. وقد أشرنا فيما سبق إلى التفرقة بين العجز السابق على الزواج والعجز اللاحق، فى أن الأول مانع من موانع العقد ويؤدى إلى بطلانه، أما الثاني فيقوم سبباً للتطليق.

ثانيا: أن يلحق العجز ضرراً بالطرف الآخر:

والمقصود هنا هو الحاق الضرر الجسيم بالطرف الآخر. ذلك أن هناك حالات لا تصل إلى درجة العجز الكامل وفيها لا يتحقق الضرر الجسيم المبرر لطلب الطلاق. ومن هذا القبيل أن تتضرر الزوجة من قصور محدود لدى الزوج كضخامة عضو التناسل أو صغره، مادام الزوج قادراً

---

(١) فالعجز السابق على الزواج يعتبر مانعاً من موانع الزواج عند جميع المذاهب بما فى ذلك الكاثوليك ويؤدي إلى بطلان العقد لأن من شروط صحة الزواج ألا يوجد مانع من موانع التعاقد. غير أن التساؤل ثار بالنسبة للمذهب الكاثوليكى عن أثر العجز الجنسى الطارئ بعد العقد، ذلك أن الإرادة الرسولية قد نصت فى المادة ٥٨ على أن العجز السابق المؤبد.. يبطل الزواج بحكم الحق الطبيعى، سواء كان مطلقاً أو نسبياً يعلمه الطرف الآخر أو يجهله. ولم يعرض الكاثوليك للعجز اللاحق على العقد. ومعنى ذلك أنه من حيث المبدأ لا يؤدى إلى إنهاء عقد الزواج. ومع ذلك فإن هذا الحكم الأخير يمكن حمله على حالة الزواج المكتمل بالمخالطة الجسدية أما إذا لم يكن المخالطة الجسدية قد حدثت فإن الزواج يعد غير مكتمل ويمكن نقضه وحله حسبما يذهب إليه بعض الفقه.
وعند الانجيليين يبدو أن العجز اللاحق ليس سبباً للطلاق حيث لا تعرف هذه الشريعة سوى سببين للطلاق هما الزنا والخروج عن الديانة المسيحية.

مع ذلك على اتاحة الفرصة أمام زوجته لاشباع غريزتها باتصاله بها أكثر من مرة، سواء بالايلاج الجزئى أو الايلاج المتكرر.

ولا يتحقق الضرر إذا كان الزوج الآخر الذي يتضرر من العجز قد بلغ من السن مبلغا لا يخشى عليه فيه من الفتنة، ذلك أن أحد مظاهر التضرر من العجز هو حرمان الزوج الآخر من اشباع رغباته، مما قد يدفعه إلى الرذيلة، فيكون الطلاق وسيلة لتفادى الضرر الأكبر. وهى أمور لا يرد احتمالها ببلوغ السن المتقدمة.

الشرط الثالث: أن يكون العجز دائماً:

يجب أن يثبت أن العجز دائم وليس مؤقتاً، بمعنى أنه لا يرجى شفاؤه فإذا كان الشفاء وارداً فلا مبرر لطلب الطلاق وعلى الزوج المتضرر أن يتحمل ويساعد شريك حياته في تخطى هذه الأزمة الطارئة. غير أن امكانية الشفاء - المانعة من طلب الطلاق - هى الامكانية بالوسائل المشروعة وغير الخطرة. أما إذا كان الشفاء محتملا ولكن بإجراء عملية جراحية خطرة أو باستخدام وسائل غير مشروعة، فإن طلب التطليق يستمر ويكون له ما يبرره.

وتشترط بعض الطوائف تدعيماً للمعنى السابق ضرورة أن تمر ثلاث سنوات على الأقل على حالة العجز دون شفاء (الروم الأرثوذكس) غير أن بعض الأحكام القضائية (وبعض الفقه كما سبق أن أشرنا) لا يرى ضرورة لهذا القيد الزمنى حيث يجوز للمحكمة أن تقدر أن بقاء الزوجة مع زوجها لمدة أربعة شهور بعد الزواج كاف فى ظروف الدعوى

للحكم بدوام العجز - و أن مضى سنتين من تاريخ الزواج، دون أن يتصل الزوج بزوجته الاتصال الطبيعي، يعنى توافر شروط العجز الجنسي.

- ويلاحظ أن تقدير واثبات العجز الجنسي، من حيث كونه مؤبداً أو مؤقتاً، هي مسألة تقديرية تخضع لسلطان قاضى الموضوع يستعين في حسم وجه الحقيقة فيها بآراء أهل الخبرة.

ويلاحظ في هذا الصدد أن مضى فترة طويلة دون اثارة مسألة العجز الجنسي، من جانب المتضرر، لا يعد بذاته دليلا على انتفائه إذ قد يكون مرد السكوت الأمل في الشفاء، والرغبة في مساعدة الطرف الآخر وعدم التعجل في اثارة المشكلة قبل التأكد منها بصفة نهائية وقطعية.

ومن ناحية أخرى، فإن بقاء غشاء البكارة لا يكون دليلا يقينياً على العجز، إذ قد يعود سبب ذلك إلى امتناع الزوجة عن الوفاء بواجباتها الزوجية. وعلى العكس فإن فض هذا الغشاء لا يقوم بذاته دليل على انتفاء العجز، إذ قد يحدث ذلك بغير الوسيلة الطبيعية للمعاشرة بين الزوجين. كذلك فإن عدم وجود علامات عضوية واضحة على العجز لا تعنى انتفاءه، إذ قد يكون العجز نفسياً ليس له مظهر عضوي. وهذه الصورة الأخيرة هي أكثر الصور صعوبة في الاثبات. وأخيراً فإن خلو الزوجة من الحمل لا يعد بذاته قرينة على العنة النفسية بل ان بعض الأحكام ذهب إلى خطأ الاستناد إلى الخلو من الحمل كقرينة على العنة، وبالتالي خطأ الاستناد إليه في احالة الدعوى

للتحقيق[١].

(٢) الجنون:

وهو المرض الثاني الذي خصصته نصوص مجموعات الأقباط الأرثوذكس[٢] بالذكر كسبب من أسباب التطليق. فقد اقتصرت هذه النصوص على ذكر العجز الجنسي والجنون باعتبارهما أهم أمثلة في هذا الصدد.

وقد وصفت المجموعات السابقة الذكر الجنون الموجب للطلاق بأنه الجنون المطبق[٣]، والمقصود به الجنون المستمر الذي لا تتخلله فترات افاقة. وهو على هذا الوصف يكون عادة غير قابل للشفاء، ويترتب عليه انتفاء معنى المعيشة المشتركة على نحو تفقد معه الحياة الزوجية غايتها وأهدافها.

وتتطلب المجموعات السابقة أن يستمر المرض فترة معينة حدها الأدنى ثلاث سنوات وذلك للتوثق من عدم القابلية للبرء من هذا المرض.

غير أن بعض الأقوال تعتد أيضاً بالجنون المتقطع إذا كانت أحوال الإفاقة بالنسبة للمريض أقل من أحوال الجنون. غير أن هذه الأقوال لا تجد لها سنداً في النصوص الفقهية الدينية.

(١) استئناف القاهرة ١٩٥٨/٦/٢٥ فى الدعوى رقم ٢٠٧ س ٧٤ ق.

(٢) لم يرد عند الكاثوليك أى ذكر للأمراض لا باعتبارها مانعاً من موانع الزواج (على خلاف حالة العجز الجنسى) ولا باعتبارها سبباً للتطليق.

(٣) استئناف القاهرة ١٩٥٧/٣/٦ الدعوى ٢١٦ لسنة ١٩٥٧.

ثانيا: الحكم بعقوبة مقيدة للحرية:

تعتد طوائف الأرثوذكس بهذا السبب للتطليق، وإن كانت الشروط تختلف من طائفة إلى أخرى. وقد نصت المادة ٥٣ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس لسنة ١٩٣٨ على أن «الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق».

وواضح من هذا النص أن المغزى المستفاد من الحكم هو أولا غياب الزوج المحكوم عليه لمدة طويلة نسبيا، لا يقل عن السجن لمدة سبع سنوات. وذكر المدة على هذا النحو كشرط للتطليق بهذا السبب يؤكد فكرة الضرر الذي يعانيه الزوج الآخر من مدة الغياب. لذلك يتخذ هذا السبب موقعه ضمن الأسباب العلاجية التي تواجه وضعا يتعين فيه مراعاة جانب الزوج البرئ. ومن هنا يتراخى المعنى الجزائي في هذا السبب للتطليق ليتقدم عليه المعنى العلاجي.

ويشترط للأخذ بهذا السبب أن تتوافر عدة شروط:

١ - أن يكون الحكم بعقوبة سالبة للحرية. فإذا كان الحكم بعقوبة مالية كالغرامة أو بجزاء تأديبي أو أي إجراء بوليسي آخر فإن المعنى المقصود لا يتوافر.

٢- أن يكون الحكم قد صار نهائيا، ومعنى ذلك أولا: أن يكون الحكم حضوريا، فالأحكام الغيابية لا تعتبر أحكاما نهائية، إذ

تجوز المعارضة فيها في الجنح، وتعاد فيها الإجراءات فى الجنايات بناء على طلب المتهم أو إذا تم القبض عليه، ثم تخضع بعد ذلك لطرق الطعن الأخرى الجائزة قانوناً. ومعنى ذلك **ثانياً** أن يكون الحكم قد استنفد طرق الطعن الأخرى العادية بحيث أصبح نهائياً واجب النفاذ.

٣ - أن يكون الحكم قد صدر بعد الزواج.

٤ - ألا يكون الحكم قد صدر ضد الزوجين، فإن كان كذلك فلا وجه لادعاء أى منهما الضرر من غياب الطرف الآخر.

٥ - ألا يتم العفو عن المحكوم عليه، فإذا صدر قرار بالعفو من العقوبة، فإن مبرر طلب التطليق لا يبقى قائماً، خاصة وأن الوجه الغالب لهذا السبب هو الوجه العلاجى وليس الوجه الجزائى.

٦ - أن يطلب الطلاق قبل تمام تنفيذ العقوبة، فإذا كانت العقوبة قد نفذت دون طلب الطلاق، فلا يجوز طلبه بعد الافراج عن الزوج المحكوم عليه.

ثالثا: الغيبة

من الالتزامات الرئيسية التى تنشأ عن عقد الزواج الالتزام بالمعيشة المشتركة والمساكنة «أما قرأتم أن الذى خلق فى البدء خلقهما ذكراً وأنثى. من أجل هذا يترك الرجل أباه وأمه ويلتصق بامرأته ويكون الاثنان جسداً واحداً إذ ليس بعد اثنين بل جسد واحد»، وهذه الصياغة التى جاءت فى انجيل متى تعبر عن التصور المثالى لعلاقة كل من

الزوجين برفيق حياته. فكل منهما ملتزم بأن يساكن الآخر. وعلي الزوجة أن تتبع زوجها أينما ذهب. وعلى هذا النحو فإن تخلف هذه المعيشة المشتركة يهدم أساساً جوهرياً من أسس الزواج.

لذلك كانت الأحكام التى تجيز الطلاق في حالة الحكم بعقوبة مقيدة للحرية والتى سبق ذكرها. ولذات السبب كان الحديث عن الغياب كمبرر لطلب الطلاق. فغياب أحد الزوجين معناه انتفاء المعيشة المشتركة وهو يهدد، إذا استطالت مدته، غايات الزواج واستقراره.

وقد جاء فى الخلاصة القانونية «إذا غاب أحد الزوجين عن وطنه بالأسر أو بغيره بحيث لا يعلم مقره ولا حياته من عدمها واستمر أمره مجهولا من خمس سنوات إلى سبع سنوات ولم يحتمل قرينة الانتظار أكثر من ذلك ويرغب بعد مضىَ هذه المدة التصريح له بالزواج يجاب إلى ذلك بشرط أن يتحقق لدى الرئيس الدينى غياب الزوج الآخر سبع سنين أو أقل، ولم يظهر له خبر، كل هذه المدة ولم يكن لقرينه احتمال أو رغبة في الانتظار.

ثم جاءت مجموعتا سنة ١٩٣٨ و(مشروع ١٩٥٥) للأقباط الأرثوذكس ونصت على أنه إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم بإثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق» (م ٥٢ من مجموعة ١٩٣٨).

ونبدى فى صدد هذا السبب ثلاث ملاحظات:

الملاحظة الأولى: أنه إذا صدر حكم قضائى باعتبار المفقود ميتاً وفقاً لأحكام القانون المدنى (بعد مضى أربع سنوات) أو إذا صدر قرار من رئيس مجلس الوزراء فى حالة غرق البواخر أو سقوط الطائرات أو من وزير الدفاع بهذا المعنى (بالنسبة للعسكريين) (بعد سنة واحدة) فإن زوجة من حكم باعتباره ميتاً تعتد عدة الوفاة وتستطيع الزواج دون الالتزام بقواعد المجموعة سالفة الذكر.

الملاحظة الثانية: إذا لم يصدر حكم أو قرار بالمعنى السابق وكانت حياة الغائب غير معروفة من مماته، ولم يحتمل قرينه الانتظار، فإن له أن يطلب بعض مضى مدة معينة (خمس سنوات عند السريان والأقباط وثلاثة عند الروم والأرمن) أن يستصدر حكماً بالغيبة ثم يطلب الطلاق.

الملاحظة الثالثة: إذا كانت حياة الغائب معلومة فإن رأياً يذهب إلى أن الكتاب المقدس يقول صراحة أن المرأة مرتبطة بالرجل مادام حياً فإن ثبت موته ولو حكماً ترخص للباقى بالزيجة، أما إذا ثبت بقاء الغائب على قيد الحياة انتظره الآخر حتى يعود اتباعاً لأمر الكتاب (الخلاصة).

غير أن **اتجاهاً** آخر هو الاتجاه الغالب يرى إمكان الطلاق فى هذه الحالة لمنع الضرر عن الزوج الآخر، إذا طالت المدة بحيث تجاوز سبع سنوات (السريان) أو ثلاث سنوات (الروم والأرمن) خاصة إذا تيقن القاضى أن هذه الغيبة لا يبررها عذر مقبول وتتضمن تعبيراً عن عزوف الزوج عن الحياة الزوجية وعدم الاكتراث بها.

ولم يرد فى مجموعات الأقباط حكم فى هذا الخصوص.

رابعا: الرهبنة

يقصد بالرهبنة أن يقطع الشخص عهداً على نفسه بأن يعتزل مباهج الحياة بأن يعيش حياة البتولية فلا يمس امرأة ولا يتملك مالا ويعتكف فى عبادة الله.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للراهب أن يتزوج (باستثناء البروتستانت الذين يعتبرون الزواج أفضل من العزوبية)(١).

– وعند الأقباط الأرثوذكس نصت المادة ٥٨ من مجموعة ١٩٣٨ علي أنه يجوز الطلاق إذا ترهبن الزوجان أو ترهبن أحدهما برضاء الآخر». وقد أغفلت مجموعة ١٩٥٥ التعرض لهذا السبب ولكن ذلك لا يعنى نفي الحكم المشار إليه خاصة وأن المعمول به قضائياً هو مجموعة سنة ١٩٣٨. ومن ناحية أخرى فإن القواعد القانونية القديمة التى أوردها ابن لقلق تقرر انفساخ الزواج برهبنة المتزوجين «برضاهما معاً»، كما يقرر ابن العسال ذات الحكم وهو انحلال الزواج «برهبانية المتزوجين معاً برضاهما». وفى الخلاصة القانونية إذا ترهبن الزوجان أو أحدهما برضاهما معاً انفسخ زواجهما». وواضح مما سبق ذكره أن الخلاصة القانونية وكذلك مجموعة سنة ١٩٣٨ تكتفى برهبنة أحد الزوجين بشرط أن يكون ذلك بموافقة الزوج الآخر(٢).

---

(١) عند الكاثوليك ينحل الزواج غير المكتمل بدخول أحد الزوجين إلى الرهبنة أمام الكنيسة ووفقاً للطقوس والإجراءات الدينية. وينحل الزواج فى هذه الحالة بقوة القانون دون الحكم سواء كانت الرهبنة برضاء أو بعدم رضاء الطرف الآخر.

(٢) راجع: اهاب اسماعيل، السابق، ص ١٢٥، جميل الشرقاوى، السابق، رقم ٨٣.

خامسا: الطلاق بالخلع ومدى تطبيقه على الزواج المسيحى:

فى لسان العرب كلمة خلع تعنى نزع الشئ، ويقال خلع إمرأته «خُلعاً» بمعني أزال علاقة الزوجية، وخالعته زوجته بمعنى أزالته عن نفسها. ويعود تجويز الخُلع من جانب المرأة إلى أن الزوجة لا تملك الطلاق بإرادتها، وقد تبغض زوجها ولا تطيق استمرار العلاقة الزوجية معه، فى حين يرفض الزوج تطليقها. لذلك أجاز الشرع الكريم لها أن تفتدي نفسها بتعويض الزوج عما أنفق عليها من مال. يقول الحق سبحانه وتعالي: «ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به «سورة البقرة آية ٢٢٩».

ويعرف الخُلع فقهاً (عند الأحناف) بأنه إزالة ملك النكاح، المتوقفة على قبول المرأة، بلفظ الخلع و ما فى معناه[١].

ويعرفه المالكية[٢] (والشافعية) بأنه خلاف بعوض، ولا يفترق عندهم عن الطلاق على مال، ويجوز بالصيغة المؤدية إلي هذا المعني سواء كانت بصريح لفظ الطلاق أو الكتابة المقترنة بالنية، ولو كان بغير عوض - (في بعض الحالات غير الغالبة) - إذا كان بلفظ من ألفاظ الخلع أو

---

(١) نيل الأوطار، للشوكانى، جـ ٧ - ص ٤١.

(٢) الخرشي، جـ ٤ - ص ١٢ - وعند الحنابلة الخلع أيضاً في مقابل مال دون أن يختص بلفظ معين: المحلى لابن حزم - جـ ٠٠ - ص ٢٣٥.

ما يدل عليه كالمبارأة أو المفاداة أو الصلح.

ويعود تأكيد مشروعية الخلع فى الفقه الإسلامى إلى ما روى فى البخارى عن ابن عباس أن زوجة ثابت بن قيس بن شماس، جاءت إلى النبى عليه الصلاة والسلام وقالت «يارسول الله، ثابت بن قيس لا أعتب عليه في دين ولا خلق، ولكنى أكره الكفر فى الإسلام، فقال الرسول الكريم: «أتردين عليه حديقته» (التى كانت مهراً لها) ؟ فأجابت: نعم.. فقال الرسول لثابت بن قيس «إقبل الحديقة، وطلقها تطليقة».. وفى رواية أخرى قالت «نعم وزيادة» فقال الرسول «أما الزيادة فلا».

وعلى هذا النحو فإن نظام الخلع يقوم على قدر من الموازنة بين طرفى الزواج فهو يهدف إلى رفع الضرر عن الزوجة التى تضيق بالحياة مع زوجها وتخشى ألا تقيم حدود الله، فترغب فى الخلاص من رابطة الزوجية الفاشلة. وفى ذلك الوقت، ولأن الرغبة فى الخلاص جاءت من جانبها فإنها تبذل لزوجها مالا - ما تكلفه فى الزواج - فى صورة بدل الخلع.

ويشترط فى الخلع:

١- أن يكون الزوج حين يخالع زوجته عاقلا بالغاً.

٢- أن تكون الزوجة صالحة لإيقاع الطلاق عليها، بأن تكون الزوجية مازالت قائمة حقيقة، أو حكماً (أثناء عدة الطلاق).

٣- أن يكون الخلع بلفظه، أو بما اشتق منه كالإبراء على مال.

٤- أن تقبل الزوجة دفع العوض. فإذا بادر الزوج بالنطق بلفظ الطلاق نظير مبلغ معين وقبلت الزوجة ذلك كان الأمر طلاقاً على مال وليس خلعاً.

تجويز الخلع فى القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

نصت المادة ٢٠ من هذا القانون على أن «للزوجين أن يتراضيا فيما بينهما على الخلع. فإن لم يتراضيا عليه وأقامت الزوجة دعواها بطلبه وافتدت نفسها وخالعت زوجها بالتنازل عن جميع حقوقها المالية الشرعية، وردت عليه الصداق الذى أعطاه لها، حكمت المحكمة بتطليقها عليه» ولا تحكم المحكمة بالخلع إلا بعد محاولة الصلح بين الزوجين وندبها لحكمين لموالاة مساعى الصلح بينهما، خلال مدة لا تجاوز ثلاثة أشهر، وعلى الوجه المبين بالفقرة الثانية من المادة (١٨)[١] والفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٩)[٢] من هذا

---

(١) حيث تنص على أنه «فى دعاوى الطلاق والتطليق لا يحكم بها إلا بعد أن تبذل المحكمة جهداً فى محاولة الصلح بين الزوجين وتعجز عن ذلك. فإن كان للزوجين ولد تلتزم المحكمة بعرض الصلح مرتين على الأقل تفصل بينهما مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً ولا تزيد عن ستين يوماً».

(٢) حيث تنص الفقرة الأولى من المادة ١٩ على أنه «فى دعاوى التطليق التى يوجب فيها القانون ندب حكمين يجب على المحكمة أن تكلف كلا من الزوجين بتسمية حكم من أهله - قدر الامكان - فى الجلسة التالية =

القانون وبعد أن تقرر الزوجة صراحة أنها **تبغض الحياة مع زوجها وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما وتخشى ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض**، ولا يصح أن يكون مقابل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أى حق من حقوقهم».

«ويقع الخلع فى جميع الأحوال طلاقا بائنا».

تطبيق مادة الخلع على المسيحيين:

ثار التساؤل حول تطبيق مادة الخلع فيما بين الزوجين المسيحيين؟

أشرنا فى موضع سابق من هذا المؤلف، إلي أن محكمة النقض المصرية أجازت للزوج غير المسلم أن يطلق بإرادته المنفردة حال خضوعه للشريعة الإسلامية، حيث قضت أن مختلف الشرائع المسيحية - فيما عدا شريعة واحدة لها وضع خاص - تبيح التطليق على تفاوت في أسبابه بين توسعة وتضييق، وكانت مسألة الشريعة العامة (الشريعة الإسلامية) لا تثور إلا عند اختلاف الزوجين طائفة أو ملة، فإن اللجوء إلى الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية بإباحة التطليق بالإرادة المنفردة يبدو لازما

= على الأكثر فإن تقاعس أيهما عن تعيين حكمه أو تخلف عن حضور هذه الجلسة عينت المحكمة حكما عنه». وتنص الفقرة الثانية س،على الحكمين المثول أمام المحكمة فى الجلسة التالية لتعيينهما ليقروا ما خلصا إليه معاً. فإن اختلف أو تخلف أيهما عن الحضور تسمع المحكمة أقوالهما أو أقوال الحاضر منهما بعد حلف اليمين».

تبعاً لعدم اباحة مجال للخبرة بين الأحكام الموضوعية لأى من الشرائع الطائفية»(١).

ومؤدى ذلك أنه إذا كان الزوجان خاضعين للشريعة الإسلامية فإنه يجوز للزوجة أن تخلع زوجها وفقاً للشروط والضوابط الواردة فى المواد ٢٠ و١٩ و١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، فحكم الزوجين فى مقام الخلع هو ذات حكمهما فى مقام الطلاق بالإرادة المنفردة، وفق ذات الضوابط والأحكام شأنها شأن الزوجين المسلمين. ويترتب على ذلك:

١- أنه حيث لا يجوز الطلاق بالإرادة المنفردة لا يجوز الخلع، وهو ما يتحقق فى حالة ما إذا كان أحد الزوجين لا يدين بوقوع الطلاق، أى كان على المذهب الكاثوليكى. وقد قضى، قضاء متواتراً، وفقاً للمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية (الملغاة بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠) بوجوب التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فأجاز سماع دعوى الطلاق بالنسبة لهم، وبين الطوائف التى لا تدين بالطلاق وهم الكاثوليك وعدم سماع دعوى الطلاق بينهم دفعاً للحرج(٢).

وعلى ذلك فإننا نعتقد أن الخلع لا يجوز إذا كان أحد الزوجين كاثوليكياً حتى ولو كان الآخر غير كاثوليكى، أى كانا مختلفين

---

(١) نقض ١٩٧٩/١/١٧، سبقت الاشارة إليه.

(٢) نقض ١٩٦٤/٢/٦ س ١٤ ص ٢١٨ و٢٢٣ و١٩٦٨/٩/١ س ١٩ ص ٨٩٥ و١٩٧٠/١/١٤، س ٢١ ص ٩٦، و١٩٨٤/٢/٥ س ٣٥-١-٣٨٠.

مـذهبـاً. فـحـيث لا يجـوز الطلاق على شـريعـة أحـدهمـا (الطرف الكاثوليكى) فإنه لا يجوز الخلع أيضاً.

٢- أن القضاء بالخلع، فى حالات تجويزه، هو طلاق بائن.

٣- أنه يجب على المحكمة قبل القضاء بالخلع، أن تندب حكمين وفقاً للضوابط الواردة في المادة ١٩ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، وأن تبذل قبل هذا الاجراء مساع للصلح بين الزوجين وفقا لضوابط الفقرة الثانية من المادة ١٨ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

٤- لا يصح أن يكون مقابل الخلع اسقاط حضانة الصغار أو نفقتهم أو أى حق آخر من حقوقهم.

٥- أن المقابل الذى تقدمه الزوجة طلباً للخلع لا يجوز أن يتجاوز رد ما قبضته من مقدم الصداق والتنازل عن حقوقها الشرعية من نفقاتها الشرعية (نفقة العدة ونفقة المتعة) ومؤخر الصداق دون تجاوز(١).

٦- أن حكم الخلع حكم غير قابل للطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن.

---

(١) وإذا رفض الزوج قبض مقدم الصداق فإن للزوجة أن تعرض عليه المقدم عرضا قانونيا فإذا لم يتسلمه أودع لحسابه خزانة المحكمة يصرفه بلا قيد ولا شرط. وإذا تنازع الزوجان فى حقيقة ما يجب على الزوجة رده كان للمحكمة أن تتخذ فى شأن التوصل إلى الحقيقة مما تراه من إجراءات التحقيق.

ملحق بأحكام نقض
فى بعض مسائل الأحوال الشخصية
لغير المسلمين

الطعن رقم ١١٧ لسنة ٥٦ ق « احوال شخصية » :

(١) أحوال شخصية « لغير المسلمين » • اجراءات • دعوى « اجراءات رفع الدعوى » •

طلب الزوجة المصرية تطليقها على زوجها الفلسطيني الجنسية • نزاع يتعلق بمسألة من مسائل الاحوال الشخصية للاجانب • مؤدى ذلك • تولى قلم الكتاب اعلان عريضة الدعوى الى المدعى عليه على نماذج خاصة • المادتين ٨٦٩ ، ٨٧٠ مرافعات • علة ذلك •

(٢ ، ٣ ، ٤) استئناف « الاثر الناقل » • محكمة الموضوع • دعوى « تكييف الدعوى » • احوال شخصية « لغير المسلمين : التطليق » .

٢ - الاثر الناقل للاستئناف • مؤداه •

٣ - التزام محكمة الموضوع باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون أن تتقيد في ذلك بتكييف الخصوم لها •

٤ - تكييف محكمة الاستئناف للوقائع المطروحة عليها - ودون أن تضيف اليها جديدا وبلا نعي من الطاعن - ان الطرفين متحدا الطائفة والملة قبل رفع الدعوى وان شريعتها هي الواجبة التطبيق على واقعة النزاع والقضاء بالتطليق للضرر على هذا الاساس • لا عيب •

(٥) اثبات « شهادة الشهود » •

تقدير اقوال الشهود واستخلاص الواقع منها من سلطة محكمة الموضوع • شرطه : عدم الخروج بها الى غير ما يؤدى اليه مدلولها • المنازعة في ذلك جدل موضوعي عدم جواز اثارته امام محكمة النقض •

(٦) استئناف • حكم « تسبيب الحكم » •

تزيد محكمة الاستئناف بما لا يؤثر على صحة الحكم المؤسس على قاعدة سليمة • لا يعيب الحكم ولا يستوجب نقضه •

---

١ — طلب الزوجة المصرية — المطعون ضدها — تطليقها على زوجها — الطاعن — فلسطيني الجنسية ، فإن النزاع بهذه المثابة يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، وكان المشرع في المادتين ٨٦٩ ، ٨٧٠ من قانون المرافعات — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — قد رسم طريقاً لرفع الدعوى في هذه المسائل يخالف الطريق المعتاد في كل الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٦٣ وما بعدها ؛ فلا تعلن عريضة الدعوى فيها إلى الخصم وإنما يتولى قلم الكتاب إعلانها إلى المدعى عليه على نماذج خاصة راعى الاقتصار فيها على ذكر موجز الطلب إمعاناً في السرية وحفاظاً على الحرمات والأسرار .

٢ — يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع — في حدود طلبات المستأنف — إلى محكمة الدرجة الثانية ، وإعادة طرحها بكل ما اشتملت عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء .

٣ — محكمة الموضوع ملزمة في كل حال بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون أن تتقيد في ذلك بتكييف الخصوم لها .

٤ — محكمة الاستئناف إذا استعملت حقها ... وكيفت الوقائع المطروحة عليها ودون أن تضيف إليها جديداً — بأن الطرفين متحدا الطائفة والملة قبل رفع الدعوى — وبلا نعي من الطاعن — وأن شريعتهما هي الواجبة التطبيق على واقعة النزاع ، وقضت بالتطليق للضرر على هذا الأساس ، فإنه لا يجوز تعييب حكمها بأنها غيرت سبب الدعوى .

٥ — تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، ولا سلطان لأحد عليها في ذلك إلا أن تخرج بتلك الأقوال إلى غير ما يؤدي إليه مدلولها ، وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال شهود المطعون ضدها إلى أن الحياة الزوجية قد تصدعت بما لا يستطاع معه استمرار [illegible]

بسبب تعدى الطاعن عليها بالضرب والسب ، وهو منها استخلاص سائغ يكفى لحمل قضاء الحكم ، فإن النعى بهذا الشق لا يعدو أن يكون جدلا موضوعياً فى تقدير الدليل لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

٦ – أن تزيد محكمة الاستئناف بما لا يؤثر على صحة الحكم المؤسس على قاعدة سليمة ، فهذا التزيد مهما جاء فيه من خطأ لا يعيب الحكم ، ولا يستوجب نقضه ، وكان ما تزيد فيه الحكم المطعون فيه من القول باطمئنانه إلى « أوراق الدعوى » دون أن يفصح عن مضمون هذه الأوراق ، أو أن المطعون ضدها تضرر من « عدم دفاعها » لا يؤثر على النتيجة التى انتهى إليها الحكم بتطليقها من الطاعن ، ويستقيم بدونها .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع – على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق – تتحصل فى أن المطعون ضدها أقامت الدعوى رقم ١٩٨٣/٢٤٧ كلى أحوال شخصية ضد الطاعن بعريضة قدمت للسيد رئيس دائرة الأحوال الشخصية للأجانب بمحكمة جنوب القاهرة طلبت فى ختامها الحكم بتطليقها منه طلقة بائنة ، وقالت بياناً لذلك أنها مصرية مسيحية الديانة من طائفة الأقباط الأرثوذكس وتزوجها الطاعن – وهو فلسطينى الجنسية مسيحى الديانة من طائفة الروم الأرثوذكس – بعقد مؤرخ ١٩٨٢/١٠/٢٨ : موثق بالشهر العقارى ، وإذ تضررت من عدم مقدرته على معاشرتها جنسياً وتعديه عليها بالضرب والسب بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما ، وكانت المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ هى الواجبة التطبيق لاختلافهما فى الطائفة ، فقد أقامت الدعوى ؛ أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق ، وبعد

أن سمعت بينة الطرفين قضت بتاريخ ١٩/١١/١٩٨٥ بتطليق المطعون ضدها طلقة بائنة . استأنف الطاعن هذا الحكم لدى محكمة استئناف القاهرة بتقرير في قلم الكتاب قيد برقم ١٩/١٠٢ ق ، كما استأنفه بالاستئناف رقم ٥١٨/١٠٢ ق بتاريخ ٢٦/٦/١٩٨٦ قضت المحكمة :

أولا : بعدم قبول الاستئناف رقم ١٩/١٠٢ ق لرفعه بغير الطريق المقرر :

ثانياً : وفي الاستئناف رقم ٥١٨/١٠٢ ق برفضه وتأييد الحكم المستأنف.

طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض . وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن . عرض الطعن على المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعى الطاعن بأولها على الحكم المطعون فيه البطلان والخطأ في تطبيق القانون ، وقال في بيان ذلك أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم قبول الدعوى لأنه فلسطيني الجنسية ، ولا يعتبر من الأجانب الذين كانت تختص بنظر قضاياهم المحاكم القنصلية أو المحاكم المختلطة ، لأن فلسطين لم تكن من الدول الموقعة على اتفاقية مونترو ، ولم تنضم إليها ، ومن ثم يخضع للمحاكم الشرعية ، وتتبع أحكام قانون المرافعات في الإجراءات المتعلقة بالدعوى والأحوال التي وردت بشأنها قواعد خاصة في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها ، وإذ ألغى الفصل الخاص بقيد الدعوى من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، فإنه كان يتعين تطبيق المادتين ٦٣ ، ٦٧ من قانون المرافعات على إجراءات رفع الدعوى ، بأن ترفع بصحيفة تودع قلم الكتاب ، وإلا كانت غير مقبولة وإذ رفعت المطعون ضدها دعواها بتقرير ، وقضت محكمة أول درجة مع ذلك في الموضوع ، فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون خطأ أدى إلى بطلان الحكم الابتدائي ، وكذلك الحكم المطعون فيه الذي أيده مما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أنه لما كان النزاع في الدعوى يدور حول طلب الزوجة المصرية — المطعون ضدها — تطليقها على زوجها الطاعن

فلسطيني الجنسية ، فإن النزاع بهذه المثابة يتعلق بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية للأجانب ، وكان المشرع في المادتين ٨٦٩ ، ٨٧٠ من قانون المرافعات — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — قد رسم طريقاً لرفع الدعوى في هذه المسائل يخالف الطريق المعتاد في كل الدعاوى المنصوص عليها في المادة ٦٣ وما بعدها فلا تعلن عريضة الدعوى فيها إلى الخصم ، وإنما يتولى قلم الكتاب إعلانها إلى المدعى عليه على نماذج خاصة راعى الاقتصار فيها على ذكر موجز الطلب إمعاناً في السرية وحفاظاً على الحرمات والأسرار ، وكانت المطعون ضدها قد اتبعت هذا الطريق في رفع دعواها ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي في قضائه بصحة إجراءات رفع الدعوى يكون قد طبق القانون على الواقع تطبيقاً صحيحاً، ويكون النعي على غير أساس.

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثاني على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ، وفي بيان ذلك يقول أن المطعون ضدها أقامت الدعوى طالبة التطليق منه للضرر الذي تحكمه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في شأن الأحوال الشخصية على أساس أنهما مختلفان طائفة وملة ، وقضت محكمة أول درجة بالتطليق على هذا الأساس ، بينما ذهب الحكم المطعون فيه إلى اتحاد الطرفين طائفة وملة مما كان لازمه أن يقضي بإلغاء الحكم المستأنف ورفض الدعوى ، إلا أنه طبق المادة ١/١٤ من شريعة الروم الأرثوذكس وقضى بالتطليق فغير بذلك سبب الدعوى وموضوعها ، وقضى بما لم تطلبه المطعون ضدها مما يعيبه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه ويستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعي غير سديد ذلك أنه من المقرر — في قضاء هذه المحكمة — أنه يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع — في حدود طلبات المستأنف — إلى محكمة الدرجة الثانية ، وإعادة طرحها بكل ما اشتملت عليه من أدلة وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه بقضاء مسبب يواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية على السواء ، وأن محكمة الموضوع ملزمة في كل حال بإعطاء

الدعوى وصفها الحق ، وتكييفها القانونى الصحيح دون أن تتقيد فى ذلك بتكييف الخصوم لها ، ومن ثم فإن محكمة الاستئناف إذ استعملت حقها هذا وكيفت الوقائع المطروحة عليها — ودون أن تضيف إليها جديداً — بأن الطرفين متحدا الطائفة والملة قبل رفع الدعوى — وبلا نعى من الطاعن — وأن شريعتهما هى الواجبة التطبيق على واقعة النزاع ، وقضت بالتطليق للضرر على هـذا الأساس ، فإنه لا يجوز تعييب حكمها بأنها غيرت سبب الدعوى ويكون النعى بهذا السبب على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب ، وفى بيان ذلك يقول أن أقوال شاهدى المطعون ضدها لا تفيد توافر شروط التطليق المنصوص عليها فى المادة ١٤/١ من مجموعة الروم الأرثوذكس التى تشترط لحصول التصدع فى الحياة الزوجية استمرار الشجار ، واستحكام النفور ، واستطالته مدة تسمح بالقول باستحالة الحياة الزوجية وثبوت إخفاق الصلح ، ولما كانت مدة الخلاف بين الطرفين من تاريخ الزواج حتى رفع الدعوى لم تستطل إلى الحد الذى يمكن معه القول باستحكام النفور ، وكان الحكم قد أقام قضاءه على ما اطمأن إليه من أقوال الشاهدين وأوراق الدعوى — دون أن يفصح عن مضمون هذه الأوراق — فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والقصور فى التسبيب — هذا إلى أن الحكم المطعون فيه أضاف سبباً لحصول التصدع فى الحياة الزوجية هو شكاية المطعون ضدها من العيب الجنسى فى الطاعن ، وهو عند الروم الأرثوذكس سبب مستقل للتطليق له شروطه لم يتناولها الحكم ، بل استدل عليها من علم نفى الطاعن لها قبل إثبات المطعون ضدها لهذه الشروط ، مما يعيبه بالخطأ فى تطبيق القانون ويستوجب نقضه .

وحيث إن هذا النعى مردود فى شقه الأول ، ذلك أنه لما كان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، ولا سلطان لأحد عليها فى ذلك إلا أن تخرج

بتلك الأقوال إلى غير ما يؤدى إليه مدلولها ، وكانت محكمة الموضوع قد اطمأنت من أقوال شهود المطعون ضدها إلى أن الحياة الزوجية قد تصدعت بما لا يستطاع معه استمرارها بسبب تعدى الطاعن عليها بالضرب والسب ، وهو منها استخلاص سائغ يكفى وحده لحمل قضاء الحكم ، فإن النعى بهذا الشق لا يعدو أن يكون جدلا موضوعياً فى تقدير الدليل لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض . لما كان ذلك وكان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن تزيد محكمة الاستئناف بما لا يؤثر على صحة الحكم المؤسس على قاعدة سليمة ، فهذا التزيد مهما جاء فيه من خطأ لا يعيب الحكم ، ولا يستوجب نقضه ، وكان ما تزيد فيه الحكم المطعون فيه من القول باطمئنانه إلى « أوراق الدعوى » دون أن يفصح عن مضمون هذه الأوراق ، أو أن المطعون ضدها تضرر من « عدم دفاعها » لا يؤثر على النتيجة التى انتهى إليها الحكم بتطليقها من الطاعن، ويستقيم بدونها ، فإن النعى بباقى هذا السبب يكون غير منتج ، ومن ثم يكون غير مقبول :

ولما تقدم يتعين رفض الطعن :

الطعن رقم ٨١ لسنة ٥٨ القضائية " أحوال شخصية "

(١) المسائل الخاصة بغير المسلمين " طاعة " .

الأحكام التي يتعين على المحاكم تطبيقها في منازعات المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة - هي الأحكام الموضوعية في الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، الإجراءات الخاصة بما يتبع في دعوى الطاعة ، ماهيتها ، من قواعد الاختصاص والإجراءات التي تسري على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها .

(٢) دعوى الأحوال الشخصية " الإثبات " .

تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه ، من سلطة محكمة الموضوع ، متى أقامت حكمها على أسس سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها .

---

١ - النص في الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة

١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية نص على انه "بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات أحوال قضائية ليست منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم " مفاده - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق وكان النص فى المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه "إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الإمتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد إلى منزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه أن يبين فى هذا الإعلان المسكن وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان وعليها أن تبين فى صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى إمتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول إعتراضها ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الإعتراض إذا لم يتقدم فى الميعاد ..." يدل على ان ما تضمنته هذه المادة من أحكام فى خصوص ما يتبع من دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته وإعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية انما هو من قواعد الاختصاص ومسائل الإجراءات ومن ثم تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها وإذا إلتزم الحكم

المطعون فيه هذا النظر واعتد بإجراءات دعوة المطعون ضده الطاعنة للعودة لمنزل الزوجية واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية المختصة فإنه لا يكون قد تنكب الجادة ولا أخطأ فى تطبيق القانون فإن النعى عليه لهذا السبب يكون على غير أساس.

٢ - لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تقتنع به ما دامت تقيم حكمها على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة.

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية.

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ١٧ لسنة ١٩٨٥ كلى أحوال شخصية الاسكندرية على الطاعن للحكم بعدم الاعتداد بإعلانه لها فى ١٩٨٥/٢/٢ بدعوتها للدخول فى طاعته فى المسكن المبين فيه واعتباره كأن لم يكن - وقالت بيانا لدعواها أنهما تزوجا طبقا لشريعة الأقباط الأرثوذكس وإذ دعاها بموجب ذلك الإعلان للدخول فى طاعته وكان المسكن المبين بالإعلان مشغولا بسكنى أهله وخال من الأدوات والمرافق الأساسية وهو

غير أمين عليها فى نفسها فقد أقامت الدعوى . أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن سمعت شهود الطرفين حكمت بتاريخ ١٩٨٧/٢/١٢ بعدم الاعتداد بإنذار الطاعة . أستأنف المطعون ضده هذا الحكم لدى محكمة أستئناف الاسكندرية بالإستئناف رقم ٥ لسنة ٨٧ وبتاريخ ١٩٨٨/٢/٩ حكمت المحكمة بإلغاء الحكم وبرفض الدعوى . طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض . وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن، عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها.

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بأولهما على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه - فى بيان ذلك تقول ان دعوة الزوج زوجته للعودة لمنزل الزوجية بإعلان على يد محضر عملا بالمادة ١١ مكررا ثانيا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ انما يسرى فى حق المسلمين وغير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة وإذ كانت هى والمطعون ضده من الأقباط الأرثوذكس وخلت قواعد شريعتهما من نص خاص بدعوة الزوج زوجته بإعلان على يد محضر للعودة لمنزل الزوجية وطبق الحكم المطعون فيه على اعتراضها نص المادة ١١ مكررا ثانيا سالفة الذكر فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك أن النص فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية على انه "بالنسبة

المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم "مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الأحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الأحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق وكان النص فى المادة ١٦ مكرراً ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ببعض أحكام الأحوال الشخصية المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على انه "إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها وعليه ان يبين فى هذا الاعلان المسكن وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الإعلان وعليها ان تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى إمتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد ..." يدل على ان ما تضمنته هذه المادة من أحكام فى خصوص ما يتبع من دعوة الزوج لزوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية انما هو من قواعد الاختصاص ومسائل الاجراءات ومن ثم تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة أطرافها وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد بإجراءات دعوة المطعون ضده الطاعنة للعودة لمنزل الزوجية واعتراضها على ذلك أمام المحكمة الابتدائية المختصة فانه لا يكون قد تنكب الجادة ولا أخطأ فى تطبيق القانون فإن النعى عليه لهذا السبب يكون على غير أساس.

وحيث ان الطاعنة تنعى بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال وفى بيان ذلك تقول ان الثابت من أقوال شاهديها لدى محكمة الموضوع إيذاء المطعون ضده لها وإساءته إليها بالاعتداء عليها بالضرب والسب وعدم امانته عليها نفسا واذا طرح الحكم المطعون فيه هذه الشهادة وعول فى قضاءه برفض دعواها على أقوال شاهدى المطعون ضده رغم قصور على أولهما بواقع حياتهما الزوجية ووقائع الخلف بينهما وتناقض شهادة ثانيهما واستقاها من المطعون ضده يكون قد شابه القصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال بما يستوجب نقضه.

وحيث إن هذا النعى مردود ذلك انه لما كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير أدلة الدعوى والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تقتنع به مادامت تقيم حكمها على أسباب سائغة تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها وكان الحكم المطعون فيه أقام قضائه برفض اعتراض الطاعنة على إعلان دعوة المطعون ضده لها للعودة لمنزل الزوجية على ماثبت له من بينها عجزها عن اثبات أوجه إعتراضها وكان هذا الذى خلص إليه الحكم هو منه استخلاص موضوعى سائغ مما له أصله الثابت فى الأوراق ويؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها ويكفى لحمل قضائه فإن النعى عليه بهذا السبب لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى سلطة محكمة الموضوع فى تقدير أدلة الدعوى مما لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض.

ولما تقدم يتعين رفض الطعن

الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٥٨ القضائية "احوال شخصية"

(١ ، ٢) المسائل الخاصة بغير المسلمين " تغيير الطائفه او الملة "

(١) تغيير الطائفة أو الملة ماهيته . عمل إرادى من جانب الهيئة الدينية المختصه . شروط تمامة . الدخول فى الطائفه أو الملة الجديدة وإتمام طقوسها ومظاهرها الخارجية الرسمية وقبول طلب الانضمام إليها . مجرد تقديم الطلب لا ينتج اثره .

(٢) طلبات الانضمام إلى طائفة الانجليين . الاختصاص بالفصل فيها . بالمجلس الملى العام لطائفة الانجليين دون غيره . إعتداد الحكم فى اثبات تغيير المطعون ضده الطائفه بشهادة صادرة من رئيس الطائفة الانجليه تفيد موافقه اللجنه الملية للاحوال الشخصية على قبول طلب انضمامه إليها دون تقديم قرار من المجلس الملى العام لهذه الطائفه بمنحه لقب إنجيلى . خطأ فى القانون .

١ – تغيير الطائفه أو المله وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أمر يتصل بحرية العقيده ، إلا انه عمل إرادى من جانب الهيئة الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبه ولكن بعد الدخول فى الطائفه والمله الجديدة وإتمام طقوسها ومظاهرها الرسمية وقبول طلب الانضمام اليها .

٢ – المجلس الملى العام لطائفة الانجليين طبقاً للمادة ٢٠ من الامر العالى المؤرخ ١٩٠٢/٣/١ هو صاحب الاختصاص الوحيد بالفصل فى طلبات الانضمام الى الطائفه الواحده بكافة شيعها وفرقتها وكنائسها ولما كان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه أنه إعتد فى اثبات تغيير المطعون ضده الطائفه بشهادة صادرة من رئيس الطائفة الانجلية تفيد موافقة اللجنه المليه للاحوال الشخصية على قبول طلب انضمام المطعون ضده إليها وقضى باثبات الطلاق دون أن يقدم المطعون ضده قراراً من المجلس الملى العام لهذه الطائفه بمنحه لقب انجيلى ، فإنه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال .

المحكمة

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر... والمرافعه وبعد المداوله .

وحيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكليه .

وحيث إن الوقائع على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المطعون ضده اقام الدعوى رقم ٣٦٧ لسنة ١٩٨٦كلى أحوال شخصية الفيوم على الطاعنه للحكم بإثبات طلاقه منها ، وقال بيانا لدعواه أن تزوجها فى ١٩٦٤/١/٦ وهما قبطيان ارثوذكسيان ، ثم انضم الى طائفه الانجيليين بينما ظلت هى قبطية ارثوذكسيه ، وإذ اختلفا بذلك طائفه وملة وطلقها بارادته المنفرده وفق احكام الشريعه الاسلاميه ، فقد اقام الدعوى . وبتاريخ ١٩٨٦/١١/٩ حكمت المحكمة باثبات طلاق المطعون ضده للطاعنه استأنفت الطاعنه هذا الحكم لدى محكمة استئناف بنى سويف " مأمورية الفيوم " بالاستئناف رقم ٤٩ لسنة ٢٢ ق نفس ، وبتاريخ ١٩٨٨/١١/١٤ حكمت بتأييد الحكم المستأنف . طعنت الطاعنه على هذا الحكم بطريق النقض ، وقدمت النيابة مذكرة ابدت فيها الرأى برفض الطعن . عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أقيم على سبب واحد تنعى به الطاعنه على الحكم المطعون

ب الخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال . وفى بيان ذلك تقول ان المجلس الملى العام لطائفة الانجيلين هو صاحب الاختصاص الوحيد فى الفصل فى طلبات الانضمام الى هذه الطائفه ، وكان الحكم المطعون فيه قد عول فى إثبات طلاق المطعون ضده لها — لاختلافهما طائفه وملة — على ما ورد بالشهادة الصادرة من رئيس الطائفه الانجيلية والمتضمنه ان اللجنة الملية للاحوال الشخصية الانجيليه وافقت على انضمام المطعون ضده اليها ، وإذ كانت هذه اللجنة لا صلاحيه لها فى هذا الشأن ، ولم يقدم المطعون ضده القرار الصادر من المجلس الملى العام للاقباط الانجيلين الموقع من أعضاء المجلس الملى العام لهذه الطائفه والمعتمد من رئيسها ، والمسجل بتوكيل الطائفه لاثبات تغيير المطعون ضده طائفته ، فإن الحكم المطعون فيه اذ إعتد بهذه الشهادة وحكم باثبات الطلاق يكون معيبا بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال بما يستوجب نقضه .

وحيث ان هذا النعى صحيح ذلك ان تغيير الطائفه أو الملة وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أمر يتصل بحرية العقيده ، إلا انه عمل ارادى من جانب الهيئة الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج اثره بمجرد الطلب وإبداء الرغبه ولكن بعد الدخول فى الطائفه والملة الجديدة وإتمام طقوسها ومظاهرها الخارجيه الرسمية وقبول طلب الانضمام اليها . لما كان ذلك وكان المجلس الملى العام لطائفة الانجليين طبقا للمادة ٢٠ من الامر العالى المؤرخ ١٩٠٢/٣/١ هو

صاحب الاختصاص الوحيد بالفصل فى طلبات الانضمام الى الطائفه الواحدة بكافة شيعها وفرقها وكنائسها وكان الثابت من مدونات الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إنه إعتد فى اثبات تغيير المطعون ضده الطائفه بشهادة صادرة من رئيس الطائفة الانجيلية تفيد موافقة اللجنه المليه للاحوال الشخصية على قبول طلب انضمام المطعون ضده إليها وقضى باثبات الطلاق دون أن يقدم المطعون ضده قراراً من المجلس الملى العام لهذه الطائفه بمنحه لقب انجيلى . فانه يكون معيباً بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه .

الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٣ قضائية « احوال شخصية » .

(١) قانون «القانون الواجب التطبيق» . دعوى . «التكييف الدعوى» . احوال شخصية « حضانة » « طلاق »

تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الاسلام واباء الزوج الدخول فيه - خضوعه للشريعة الاسلامية باعتبارها القانون العام فى مسائل الاحوال الشخصية . م ١٠ مدنى - اعتبار التفريق لهذا السبب طلاقا وليس بطلانا للزواج يعود الى بداية العقد (مثال فى حضانة) .

(٢) نقض « النعى غير المنتج » . حكم « تسبيب الحكم » .

اقامة الحكم على دعامة كافية لحمل قضائه . النعى على ما استطرد اليه فى أسبابه تزيدا ويستقيم الحكم بدونه . غير منتج .

---

٢ - إذ كان المرجع فى تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الإسلام وإباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المصرى العام فى مسائل الأحوال الشخصية وذلك وفقاً للمادة ١٠ من القانون المدنى . وهذا التفريق - وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - يعتبر طلاقاً وليس بطلاناً للزواج يعود إلى بداية العقد وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى تنص على أنه :

« إذا حكم بالطلاق حال حياة الزوجين فإن حضانة الطفل تكون للمدعى الطلاق إذا لم ينسب إليه خطأ ما » وإذ كان الثابت بالأوراق أن المطعون عليها بعد أن اعتنقت الإسلام أقامت الدعوى رقم ... كلى أحوال شخصية أجانب الإسكندرية ضد الطاعن للحكم بالتفريق بينهما بسبب إبائه الإسلام وقضى لها بالتفريق أى بالطلاق ولم يكن فى جانبها أى خطأ فإن حضانة ابنها من الطاعن تكون لها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى المشار إليها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض

دعوى الطاعن بحقه فى حضانة الابن على قوله : « .... » فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون :

٢ - إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائى برفض الدعوى - وعلى ما سلف بيانه فى الرد على سببى الطعن الأول والثانى - أن الطاعن لا حق له فى حضانة الصغير وأن حضانته للمطعون عليها باعتبارها مدعية الطلاق ولم ينسب إليها خطأ ما وذلك طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى ، وكانت هذه الدعامة كافية وحدها لحمل قضائه فإن النعى عليه فيما استطرد إليه فى أسبابه من أن مصلحة الصغير تقتضى حضانته لأمه لا يعدو أن يكون تزيداً يستقيم الحكم بدونه ، ويكون النعى بهذا السبب - وأياً كان وجه الرأى فيه - غير منتج .

المحكمـة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة :

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية :

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٦ لسنة ١٩٨١ أحوال شخصية أجانب أمام محكمة الإسكندرية الابتدائية ضد المطعون عليها بطلب الحكم بإلزامها بتسليم الصغير « نيقولا » إليه وقال بياناً لها أنهما يونانيان الجنسية وأنه تزوجها فى ١٩٦٧/١٠/٢٥ وفقاً لشريعة طائفة الروم الأرثوذكس وبعد ذلك اعتنقت دين الإسلام وصدر فى ١٩٧٣/١/٢٨ الحكم فى الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢ أحوال شخصية (أجانب) الإسكندرية الابتدائية بفسخ عقد زواجهما ، وإذ كان صغيره منها (نيقولا) ما زال فى حضانتها وقد جاوز عمره العشر سنوات ويحق له طلب حضانته وفقاً لأحكام القانون المدنى اليونانى فقد أقام الدعوى وفى ١٩٨٢/٤/٦ حكمت المحكمة برفض الدعوى ؛ استأنف الطاعن

هذا الحكم بالاستئناف رقم ١ لسنة ١٩٨٢ ق أحوال شخصية أجانب الإسكندرية وفي ١٩٨٣/٦/٢٩ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأي برفض الطعن . عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعى الطاعن بالسببين الأول والثاني على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول إن المادة ١٥٠٣ من القانون المدني اليوناني تنص في فقرتها الأولى على أنه إذا حكم بالطلاق فإن حضانة الطفل تكون لمدعي الطلاق إذا لم ينسب إليه خطأ ما وتقضي فقرتها الثانية بأنه إذا حكم بالطلاق لخطأ الزوجين المشترك فإن حضانة الابن الذي جاوز العاشرة تكون للأب ويسري حكم هذه الفقرة في حالة صدور حكم ببطلان الزواج وذلك طبقاً للمادة ١٥٠٥ من القانون المذكور ، ولما كانت المطعون عليها قد اعتنقت الإسلام واستصدرت حكماً ببطلان زواجه منها وجاوز صغيرهما العاشرة من عمره ومن ثم يحق له حضانته طبقاً للمادتين ١٥٠٣/٢ و ١٥٠٥ المذكورتين فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر وقضى برفض دعواه بحقه في حضانة ابنه على سند من حكم الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ المشار إليها باعتبار أن طلاق المطعون عليها منه بسبب اعتناقها الإسلام ليس فيه خطأ من جانبها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

وحيث إن النعي غير سديد ذلك أنه لما كان المرجع في تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الإسلام وإباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المصري العام في مسائل الأحوال الشخصية وذلك وفقاً للمادة ١٠ من القانون المدني وكان هذا التفريق — وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة — يعتبر طلاقاً وليس بطلاناً للزواج يعود إلى بداية العقد وكانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدني اليوناني تنص على أنه : « إذا حكم بالطلاق حال حياة الزوجين فإن حضانة الطفل تكون لمدعي الطلاق إذا لم ينسب إليه خطأ ما » وكان الثابت بالأوراق أن المطعون

عليها بعد أن اعتنقت الإسلام أقامت الدعوى رقم ١٢ لسنة ١٩٧٢ كلى أحوال شخصية أجانب الإسكندرية ضد الطاعن للحكم بالتفريق بينهما بسبب إبائه الإسلام وقضى لها بالتفريق أى بالطلاق ولم يكن من جانبها أى خطأ ، فإن حضانة ابنها من الطاعن تكون لها طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى المشار إليها وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه برفض دعوى الطاعن بحقه فى حضانة الابن على قوله : « ... بأن نص المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى الواجب التطبيق على واقعات الدعوى والمقدم بحافظة مستندات المستأنف (الطاعن) قد نصت على أنه : « ... ومعنى ذلك أن حضانة الطفل حتى ولو بلغ سنه أكثر من العاشرة تكون لمدعى الطلاق وهى هنا للمستأنف عليها (المطعون عليها) إذ لم ينسب إليها خطأ ما وأن سبب الطلاق هو اعتناق الإسلام وهو أمر فى حد ذاته لا يعد خطأ منها ... » فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون يكون النعى على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثالث الطعن على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع وفى بيان ذلك يقول : إن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائى الذى قضى برفض الدعوى فقد جرى فى قضائه على أن مصلحة الصغير تقتضى أن يكون فى حضانة أمه إعمالا للرخصة المقررة للمحكمة بموجب الفقرة الثالثة من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى فى حين خلت أوراق الدعوى من دليل على قيام هذه المصلحة ، كما وأن محكمة الاستئناف أثارت هذا السبب الجديد من تلقاء نفسها دون أن تطرحه على الخصوم أثناء المرافعة لتمكينهم من تحقيق عناصره الواقعية إثباتاً ونفياً وهو ما أعجز الطاعن عن إبداء دفاعه بشأنه مما يعيب الحكم بالقصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع .

وحيث إن هذا النعى غير مقبول ذلك أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتأييد الحكم الابتدائى برفض الدعوى — وعلى ما سلف بيانه فى الرد على سببى الطعن الأول والثانى — إن الطاعن لا حق له فى حضانة الصغير وأن حضانته للمطعون عليها باعتبارها مدعية الطلاق ولم ينسب إليها خطأ

ما وذلك طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٥٠٣ من القانون المدنى اليونانى وكانت هذه الدعامة كافية وحدها لحمل قضائه فإن النعى عليه فيما استطرد إليه فى أسبابه من أن مصلحة الصغير تقتضى حضانته لأمه لا يعدو أن يكون تزيداً يستقيم الحكم بدونه ويكون النعى بهذا السبب - وأياً كان وجه الرأى فيه - غير منتج وغير مقبول :

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

الطعن رقم ١٥ لسنة ٥٢ قضائية « احوال شخصية » :

(١) احوال شخصية « المسائل الخاصة بالمصريين غير المسلمين » . طلاق . قانون « القانون الواجب التطبيق » .

الشريعة الاسلامية . تطبيقها فى المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة او الملة . احكامها لا تجيز للزوجة طلب التفريق اذا غيرت طائفتها عن تلك التى ينتمى اليها الزوج .

(٢) احوال شخصية « المسائل الخاصة بغير المسلمين » . تطليق . استئناف « الطلبات الجديدة » .

اقامة الزوجة دعواها بالتطليق لاختلافها عن الزوج طائفة . اضافتها امام محكمة الاستئناف التطليق للضرر . اعتباره طلبا جديدا . عدم جواز قبوله م ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

---

١ — إذ كان مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ — وعلى ما جرى قضاء هذه المحكمة — أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة ، وكانت أحكام هذه الشريعة لا تجيز للزوجة طلب التفريق إذا غيرت طائفتها عن التى ينتمى إليها الزوج : فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بالتطليق على سند من أن اختلافها مع المطعون عليه طائفة لا يرتب بذاته تطليقها عليه لا يكون قد خالف القانون :

٢ — إذ كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه على سند من أنها صارت تختلف عنه طائفة ، وكان ما أضافته أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه أساء معاملتها ودأب على إيذائها يعد طلباً جديداً

يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق للضرر له أحكامه الخاصة الواردة فى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٩ وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه بعدم قبول طلب التطليق للضرر أمام محكمة الاستئناف ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون .

المحكمـة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع — على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق — تتحصل فى أن الطاعنة أقامت الدعوى رقم ٥٩٤ لسنة ١٩٧٩ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة ضد المطعون عليه للحكم بتطليقها منه . وقالت بيانا لدعواها أنه تزوجها وهما قبطيان أرثوذكسيان وإذ انضمت لطائفة الإنجليين واختلفا بذلك طائفة فلا يجوز استمرار الزواج بينهما فقد أقامت الدعوى . وفى ١٩٨٠/١٢/١٤ حكمت المحكمة برفض الدعوى . استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم ١٠ لسنة ٩٨ ق القاهرة ، وبتاريخ ١٩٨٢/٥/١٨ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف . طعنت الطاعنة فى هذا الحكم بطريق النقض . وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن . عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها :

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعى الطاعنة بأولهما على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون وفى بيان ذلك تقول إن اختلافها مع المطعون عليه طائفة يوجب تطليقها منه وإذ خالف الحكم هذا النظر فى قضائه برفض دعواها بالتطليق فإنه يكون مشوباً بمخالفة القانون .

وحيث إن النعى مردود ذلك أنه لما كان مؤدى نص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ — وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة — أن المشرع قصد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة . وكانت أحكام هذه الشريعة لا تجيز للزوجة طلب التفريق إذا غيرت طائفتها عن تلك التى ينتمى إليها الزوج فإن الحكم المطعون فيه . إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بالتطليق على سند من أن اختلافها مع المطعون عليه طائفة لا يرتب بذاته تطليقها عليه فإنه لا يكون قد خالف القانون ويكون النعى على غير أساس .

وحيث إن حاصل ما تنعاه الطاعنة بالسبب الثانى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول أنها طلبت أمام محكمة أول درجة ضم الدعوى رقم ٢٥٧ لسنة ١٩٧٨ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة وقد ثبت فى هذه الدعوى أن المطعون عليه أساء معاملتها ودأب على إيذائها بما يستحيل معه دوام العشرة بينهما وهو وسيلة دفاع فى الدعوى . تبرر طلبها بالتطليق إلا أن الحكم اعتبر هذا سبباً جديداً لا يجوز إبداؤه فى الاستئناف مما يشوبه بالخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك أنه لما كانت الطاعنة قد أقامت دعواها ضد المطعون عليه بطلب تطليقها منه على سند من أنها صارت تختلف عنه طائفة . وكان ما أضافته أمام محكمة الاستئناف من أن المطعون عليه أساء معاملتها ودأب على إيذائها يعد طلباً جديداً يختلف فى موضوعه عن الطلب الأول لأن الطلاق للضرر له أحكامه الخاصة الواردة فى المادة السادسة من

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وبالتالى فلا يجوز قبول هذا الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف عملا بما تقضى به المادة ٣٢١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من أنه لا يجوز للخصوم أن يقدموا فى الاستئناف طلبات بدعاوى جديدة غير الدعاوى الأصلية إلا بطريق الدفع للدعوى الأصلية . إذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فى قضائه بعدم قبول طلب التطليق للضرر أمام محكمة الاستئناف فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويكون النعى على غير أساس :

حيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن :

الطعن رقم ٩٣ لسنة ٥٥ ق أحوال شخصية :

(١) أحوال شخصية لغير المسلمين « دعوى الأحوال الشخصية : الإثبات » .

حكم « الأحكام غير الجائز الطعن فيها » . إستئناف « الأحكام الغير جائز إستئنافها »
. الحكم بإلزام المطعون ضدهما بتقديم عقد زواجهما . حكم يتعلق بدليل من أدلة الإثبات
فى دعوى بطلان عقد الزواج ولا تنتهى به الخصومة فيها . مؤدى ذلك عدم جواز إستئنافه
إستقلالاً . م ٢١٢ من قانون المرافعات .

(٢) محكمة الموضوع « مسائل الإثبات » . إثبات « تقدير أدلة الدعوى » .
عدم تقديم الطاعن صورة العقد الذى لم يقدم المطعون ضدهما أصله بعد إلزامهما بذلك .
أثره . سلطة محكمة الموضوع فى الأخذ أو عدم الأخذ بقوله فى هذا السند . م ٢٤ إثبات
(٣) نقض « السبب الغير منتج » .
إقامة الحكم على دعامة كافية لحمل قضائه . النعى على ما إستطرد إليه فى أسبابه
تزيداً ويستقيم الحكم بدونه غير منتج .
(٤) أحوال شخصية لغير المسلمين « دعوى الأحوال الشخصية : الإثبات » . إثبات
« البينة » .
الإجراءات الشكلية للإثبات فى مواد الأحوال الشخصية . خضوعها لقانون الإثبات .
تخلف الخصم عن إحضار شاهده أو تكليفه بالحضور فى الجلسة المحددة لبدء التحقيق وفى
الجلسة التالية رغم إلزامه من المحكمة بذلك . أثره . سقوط حقه فى الإستشهاد به . علة
ذلك . م ٧٦ من قانون الإثبات .

(٥) أحوال شخصية لغير المسلمين « بطلان الزواج » . إثبات « البينة » .
جواز إثبات حصول الطلاق طبقاً للشريعة الإسلامية بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك البينة .

(٦) محكمة الموضوع « تقدير أقوال الشهود » إثبات « البينة » .

تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضى الموضوع ولا يعقب عليه فى تكوين عقيدته مما يدلى به شهود أحد الطرفين ما دام لم يخرج فى ذلك عما تحتمله أقوالهم .

١ - الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ٧٩ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة بإلزام المطعون ضدهما بتقديم عقد زواجهما باعتباره مستنداً منتجاً فى الدعوى رقم ٥٩٩ لسنة ١٩٧٨ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة ببطلان عقد زواج المطعون ضدها الأولى يتعلق بدليل من أدلة الإثبات فى الدعوى الأخيرة ولاتنتهى به الخصومة فيها فلا يجوز إستئنافه إستقلالاً طبقاً لحكم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات .

٢ - إذ لم يقدم الطاعن صورة من عقد زواج المطعون ضدهما فيكون جوازياً لمحكمة الموضوع أن تأخذ أو لا تأخذ بقوله فى موضوع هذا المستند وذلك طبقاً لنص المادة ٢٤ من قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وإذ رأت محكمة الاستئناف - حدود سلطتها التقديرية - الالتفات عما قاله الطاعن فى هذا الخصوص ، فإن لا تثريب عليها فيما ارتأته من إحالة الدعوى إلى التحقيق .

٣- الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على سند مما إستخلص من بينة المطعون ضدها الأولى من أنها عند زواجها بشقيقه فى ١٩٧١/١/١٤ لم تكن زوجة للمطعون ضده الثانى الذى طلقت منه طلاقاً بائناً سنة ١٩٦١ وإذ كان هذا من الحكم دعامة كافية لحمل قضائه فإن النعى عليها بما أورده تزيداً بشأن الإقرارين المنسوبين للمطعون ضده الثانى بحصول الطلاق منه - وأيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير منتج .

٤ - إذ كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة إن الإجراءات الشكلية للإثبات فى مواد الأحوال الشخصية تخضع للقواعد المقررة فى قانون المرافعات . وكان النص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون الإثبات الذى حل محل قانون المرافعات فى تنظيم الاحكام الاجرائية للاثبات على أنه « إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب إلزامه بإحضاره أو تكليفه بالحضور لجلسة أخرى مادام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به يدل على أن المشرع هدف إلى عدم تمكين الخصم من إطالة أمد التقاضى عن طريق تعمد

استغراق مدة التحقيق كاملة دون مقتضى فأوجب على المحكمة أو القاضي المنتدب للتحقيق إذا لم يحضر الخصم شاهده بالجلسة المحددة لبدء التحقيق أو لم يكلفه بالحضور فيها أن يلزمه بذلك مع تحديد جلسة تالية مادام أجل التحقيق قائماً فإذا لم ينفذ الخصم ما إلتزم به سقط حقه في الاستشهاد به وهو جزاء يتقرر بغض النظر عن إنتهاء أجل التحقيق أو بقائه ممتداً . لما كان ذلك وكان الثابت بالاوراق ان الطاعن مثل بوكيل عنه بجلسة ١٩٨٥/٣/١٩ امام قاضي التحقيق الذي منحه اجلا لجلسة ١٩٨٥/٣/٢١ لإحضار شهوده كطلبه ، فإنه لا على القاضي المنتدب إذا رأى عدم قيام عذر لدى الطاعن في عدم إعلانه شهوده لهذه الجلسة ولم يستجب إلى طلبه التأجيل لمدة ثانية وأحال الدعوى إلى المرافعة ويكون النعي على غير أساس .

٥ - الشريعة الإسلامية التي تحكم الزوجية التي كانت قائمة بين المطعون ضدها الأولى والمطعون ضده الثاني - وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - تجيز إثبات حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما في ذلك البين ، وهو ما ينفي عن الحكم المطعون فيه الخطأ في إحالته الدعوى إلى التحقيق لإثبات إنحلال تلك الزوجية بالطلاق قبل الزواج الثاني للمطعون ضدها الأولى من شقيق الطاعن .

٦ - تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضي الموضوع ولا معقب عليه في تكوين عقيدته مما يدلي به شهود أحد الطرفين ما دام لم يخرج في ذلك عما تحتمله أقوالهم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذي تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن إستوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن الطاعن أقام الدعوى رقم ٥٩٩ لسنة ١٩٧٨ أحوال شخصية جنوب القاهرة عن المطعون ضدها للحكم ببطلان عقد زواجها من شقيقه المرحوم

..... بتاريخ ١٩٧٧/١/١٤ تأسيساً على أنها كانت في هذا التاريخ زوجة للمطعون ضده الثاني ..... كما أقام الطاعن الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٩ - أحوال شخصية جنوب القاهرة ضد المطعون ضدها وعميد كلية الآداب بجامعة القاهرة للحكم بإلزام الأولين بتقديم عقد زواجها وبإلزام الأخير بتقديم صورة رسمية من شهادة ميلاد الطالب ..... إبن المطعون ضدهما ، وقال بياناً لذلك أن المستندين المطلوب تقديمهما منتجان في الدعوى التي أمامها رقم ٥٩٩ لسنة ١٩٧٨ المشار إليها بطلب بطلان عقد زواج شقيقه من المطعون ضدها الأولى ، لانها في تاريخ هذا الزواج كانت زوجة للمطعون ضده الثاني . ضمت المحكمة الدعوى الثانية إلى الأولى وفي ١٩٧٩/١١/٢٩ حكمت بإلزام المطعون ضدهما بتقديم عقد زواجهما وفي ١٩٨١/٣/٢١ أحالت الدعوى الى التحقيق ليثبت الطاعن ان المطعون ضدها الأولى في تاريخ زواجها من شقيقه كانت زوجة للمطعون ضده الثاني وفي ١٩٨٢/٢/١٣ حكمت ببطلان عقد زواج شقيق الطاعن من المطعون ضدها الأولى . إستأنفت المطعون ضدها الأولى هذا الحكم بالأستئناف رقم ١٢١ لسنة ٩٩ ق القاهرة ، وفي ١٩٨٤/٤/٢٩ حكمت محكمة الأستئناف باحالة الدعوى الى التحقيق لتثبت المطعون ضدها الأولى انها لم تكن مرتبطة بزوجية قائمة في تاريخ زواج شقيق الطاعن منها وبعد ان إستمعت المحكمة الى شاهديها حكمت في ١٩٨٥/٥/٢٣ بالغاء الحكم المستأنف وبرفض دعوى الطاعن . طعن الطاعن في هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن . عرض الطعن علي هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها إلتزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن اقيم على خمسة اسباب ينعى الطاعن بالأول والثاني والشق الأول من الثالث منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون من ثلاثة أوجه :

أولاها : أن لكل من الدعوي رقم ٥٩٩ لسنة ١٩٧٨ أحوال شخصية جنوب القاهرة و ٣٨٢ لسنة ١٩٧٩ أحوال شخصية جنوب القاهرة كيانها الذاتي المستقل عن الأخرى. واذ صدر الحكم في ثانيهما بجلسة ١٩٧٩/١١/٢٩ بإلزام المطعون ضدهما بتقديم وثيقة زواجهما ولم تستأنفه المطعون ضدها الأولى إلا في ١٩٨٢/٣/١٥ علي الحكم الصادر في الدعوى رقم ٥٩٩ لسنة ١٩٧٨ رغم إعلانها به في ١٩٨٠/٢/١٢ فإنه كان يتعين بفوات ميعاد الإستئناف الحكم بسقوط الحق فيه. وثانيها : أنه بصيرورة الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٩ أحوال شخصية جنوب القاهرة نهائيا بعد الطعن عليه بالأستئناف في الميعاد فانه كان يتعين الأخذ بقوله في شأن شكل وموضوع المحرر المقضي بإلزام المطعون ضدهما بتقديمه دون إحالة الدعوى إلى التحقيق . وثالثها : أن الحكم المطعون فيه عول في قضائه على إقرارين عرفيين لا يحتج بهما لانه لم يكن طرفاً فيهما .

وحيث إن النعي في وجهه الأول مردود . ذلك أن الحكم الصادر في الدعوى رقم ٣٨٢ لسنة ١٩٧٩ كلي أحوال شخصية جنوب القاهرة بإلزام المطعون ضدهما بتقديم عقد زواجهما بإعتباره مستنداً منتجاً في الدعوى رقم ٥٩٩ لسنة ١٩٧٨ كلي أحوال شخصية جنوب القاهرة ببطلان عقد زواج المطعون ضدها الأولى من شقيق الطاعن هو حكم يتعلق بدليل من أدلة الإثبات في الدعوى الأخيرة ولاتنتهي به الخصومة فيها فلا يجوز إستئنافه طبقاً لحكم المادة ٢١٢ من قانون المرافعات.والنعي في وجهه الثاني مردود بأن الطاعن لم يقدم صورة من عقد زواج المطعون ضدهما فيكون جوازيا لمحكمة الموضوع أن تأخذ أو لاتأخذ بقوله في موضوع هذا السند وذلك طبقاً لنص المادة ٢٤ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . وإذ رأت محكمة الاستئناف - في حدود سلطتها التقديرية - الالتفات عما قاله الطاعن في هذا الخصوص ، فإنه لا تثريب عليها فيما إرتأته من إحالة الدعوى للتحقيق . والنعي في وجهه الثالث . غير مقبول ذلك ان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعن على سند مما استخلصه من بينة المطعون ضدها الأولى من انها عند زواجها بشقيقه في ١٩٧١/١/١٤ لم تكن زوجة للمطعون ضده الثاني الذي طلقت منه طلاقاً بائناً في سنة ١٩٦١ . وإذا كان هذا من الحكم دعامة كافية لحمل قضائه فإن النعي عليه بما أورده تزيدا بشأن الإقرارين المنسوبين للمطعون ضده الثاني بحصول الطلاق منه - وأيا كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج .

وحيث إن الطاعن ينعي بالشق الثاني من السبب الثالث وبالسبب الرابع على الحكم المطعون فيه الإخلال بحق الدفاع من وجهين أولاهما : أنه دفع بصورية الاقرارين المنسوب صدورهما من المطعون ضده الثاني دون أن يتناوله الحكم المطعون فيه وهو دفاع جوهري من شأنه أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى وثانيا : أن محكمة الاستئناف أحالت الدعوى من التحقيق الى المرافعة دون أن تستجيب إلى طلبه بمنحه أجلا لاحضار شهوده -رغم أن أجل التحقيق كان مازال ممتداً .

وحيث إن النعي في وجهه الأول مردود، ذلك انه لما كان ما ورد بالحكم المطعون فيه عن الإقرارين المنسوبين للمطعون ضده الثاني - وعلى ما ورد بالرد على الوجه الثالث من النص السابق - تزيداً غير لازم لحمل قضائه فإن النعي بعدم تحقيق دفاع الطاعن بصورية هذين الإقرارين يكون غير منتج . والنعي في

وجهه الثاني . في غير محله ، ذلك أنه لما كان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإجراءات الشكلية للإثبات في مواد الأحوال الشخصية للقواعد المقررة في قانون المرافعات . وكان النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون الإثبات الذي حل محل قانون المرافعات في تنظيم الأحكام الاجرائية للإثبات على أنه « إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضي المنتدب إلزامه بإحضاره أو تكليفه بالحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط الحق في الإستشهاد به » يدل على أن المشرع هدف إلى عدم تمكين الخصوم من إطالة أمور التقاضي عن طريق تعمد إستغراق مدة التحقيق كاملة دون مقتض فأوجب على المحكمة أو القاضي المنتدب للتحقيق إذا لم يحضر الخصم شاهده بالجلسة المحددة لبدء التحقيق أو لم يكلفه بالحضور فيها ان يلزمه بذلك مع تحديد جلسة تالية ما دام أجل التحقيق قائما فإذا لم ينفذ الخصم ما إلتزم به سقط حقه في الإستشهاد به وهو جزاء يتقرر بغض النظر عن إنتهاء أجل التحقيق أو بقائه ممتداً . لما كان ذلك وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن مثل بوكيل عنه بجلسة ١٩٨٥/٣/١٩ أمام قاضي التحقيق الذي منحه أجلاً لجلسة ١٩٨٥/٣/٢١ لإحضار شهوده كطلبه ، فانه لا على القاضي المنتدب إذ رأى عدم قيام عذر لدى الطاعن في عدم إعلانه شهوده لهذه الجلسة ولم يستجب إلى طلبه التأجيل مرة ثانية وأحال الدعوى إلى المرافعة ويكون النعي على غير أساس .

وحيث إن حاصل النعي بالشق الثالث من السبب الثالث وبالسبب الخامس على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والفساد في الإستدلال - وفي بيان ذلك يقول الطاعن إن الزوجية القائمة مانع من موانع الزواج في جميع الشرائع المسيحية ولا يصح الزواج الثاني ما لم يثبت بطلان الزواج الأول أو إنحلاله على وجه يقيني وبطريق قانوني وهي مسألة لا يؤخذ فيها بالظن أو أقوال الشهود . وإذ احالت محكمة الاستئناف الدعوى الى التحقيق واستندت في حكمها المطعون فيه إلى شهادة شاهدي المطعون ضدها الأولى رغم تضارب أقوالهما وأخذت بالظن في قولهما بإنحلال الزواج بينها وبين المطعون ضده الثاني قبل زواجها بشقيق الطاعن فإن الحكم يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الإستدلال .

وحيث إن هذا النعي مردود ، ذلك أن الشريعة الإسلامية التي تحكم الزوجية التي كانت قائمة بين المطعون ضدها الأولى والمطعون ضده الثاني - وعلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ - تجيز إثبات

حصول الطلاق بجميع طرق الإثبات الشرعية بما فى ذلك البينة ، وهو مايتفى عن الحكم المطعون فيه الخطأ فى إحالته الدعوى إلى التحقيق لإثبات إنحلال تلك الزوجية بالطلاق قبل الزواج الثانى للمطعون ضدها الأولى من شقيق الطاعن . لما كان ذلك وكان تقدير أقوال الشهود وإستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى تكوين عقيدته مما يدلى به شهود أحد الطرفين ما دام لم يخرج فى ذلك عما تحتمله أقوالهم . وكان البين من محضر التحقيق الذى أجرته محكمة الإستئناف إن اتفقت أقوال شاهدى المطعون ضدها الأولى على إنفصام عرى الزوجية بينها وبين المطعون ضده الثانى بالطلاق البائن قبل زواجها من شقيق الطاعن بعدة سنوات ولم تكن مرتبطة بزوجية قائمة عند هذا الزواج . فإن المجادلة فى إطمئنان المحكمة إلى هذه البينة والأخذ بما إستخلصته منها سنداً لقضائها لا يعدو أن يكون جدلاً موضوعياً فى تقدير الدليل لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض . ويكون النعى برمته على غير أساس .

الطعن رقم ٦٢ لسنة ٥٦ ق « أحوال شخصية » :

(١ - ٢) أحوال شخصية « الحكم فى الدعوى : وصف الحكم »

(١) الحكم يكون حضوريا إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه . المادتان ٢٨٣ ، ٢٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٢) الأصل فى اعتبار الحكم حضوريا أو غيابيا هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة .

(٣) نقض « أسباب الطعن : السبب الجديد » .

نعى الطاعن بعدم صدور عقد وكالة منه للمحامى الذى حضر عنه أمام محكمة أول درجة سبب جديد محمول على واقع لم يسبق التمسك به أمام محكمة الاستئناف . إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . غير مقبول .

(٤) أحوال شخصية « إثبات »

إجراءات الإثبات فى مسائل الأحوال الشخصية خضوعها لقانون المرافعات . قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل . خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية . م ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ سنة ١٩٥٥ وم ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية .

(٥) أحوال شخصية « حكم : حجية الحكم » :

عدم إجماع الفقها على الأخذ بحجية الأحكام على إطلاقه . الاستثناءات التى وردت عليه . ماهيتها . وجوب الإعادة والنظر وتقبل الطعن فى الأحكام المقررة فى

القوانين الحديثة إلا إذا خالف الحكم نصاً فى القرآن أو السنة أو خالف الإجماع .

(٦) أحوال شخصية « زواج » « نسب » .

زواج المطعون عليها المسلمة بالطاعن المسيحى وهى تجهل ذلك الزواج . زواج فاسد . مؤدى ذلك . جواز ثبوت النسب .

---

١ - مفاد نص المادتين ٢٨٣ ، ٢٨٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه .

٢ - الأصل فى وصف الحكم بأنه حضورى أو غيابى هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة .

٣ - ما أثاره الطاعن عن عدم صدور عقد بوكالة منه للمحامى الذى حضر عنه أمام محكمة أول درجة يعد سبباً جديداً يحمل على واقع لم يسبق له أن تمسك به أمام محكمة الاستئناف ولا تقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض .

٤ - المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الاثبات بين الدليل واجراءات الدليل فأخضع إجراءات الإثبات لقانون المرافعات أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

٥ - فقهاء الشريعة الإسلامية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - وإن لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام على إطلاقه إلا أنه بإمعان النظر فى الاستثناءات التى وردت عليه يتضح أنها ليست فى الواقع إلا وجوها لإعادة

النظر فى النزاع تقابل وجوه الطعن فى الأحكام المقررة فى القوانين الحديثه ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أفردت باباً خاصاً لطرق الطعن فيها وذلك فيما عدا حالة ما إذا خالف الحكم نصاً فى القرآن أو السنه أو خالف الاجماع فقد أوجبوا على القاضى إبطاله واهدار ماله من حجية .

٦ - الحكم النهائى بثبوت نسب الصغير إلى الطاعن لم يخالف نصا فى القرآن أو السنة أو إجماع الفقهاء، لأن عقد زواجه بالمطعون عليها - وفق ما ثبت بالحكم وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفه - يكون فاسداً طالما أن المطعون عليها كانت جاهلة بالحرمة فيترتب على الدخول بها آثاره ومنها ثبوت النسب .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

من حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المطعون عليها أقامت الدعوى رقم ١٩٧٤ لسنة ١٩٨٠ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة ضد الطاعن للحكم بثبوت نسب الصغير (........ ...) إليه وقالت بياناً لدعواها أن الطاعن تزوجها بعقد عرفى ورزقت منه على فراش الزوجيه بالصغير المذكور ، وإذ أنكر نسبه إليه بعد أن سرق عقد الزواج العرفى وثبت أنه مسيحى الديانه فقد أقامت الدعوى. أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد سماع شاهدى المطعون عليها حكمت فى ١٩٨١/٥/٢٤ بثبوت نسب الصغير (............) من الطاعن وبتاريخ ١٩٨١/١٢/٥ عارض الطاعن فى هذا الحكم كما أقام الدعوى رقم ٢٤٨٢ لسنة ١٩٨١ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة ضد المطعون عليها للحكم بنفى

نسب الصغير (..................) منه . وبعد أن ضمت المحكمة هذه الدعوى الى المعارضة حكمت فى ١٩٨٢/٥/٢ برفض المعارضة لتقديمها بعد الميعاد وبعدم قبول الدعوى المرفوعة من الطاعن . استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٢٢٧ لسنة ٩٩ ق القاهرة - وطعن بالتزوير على محضر إعلانه بالحكم الصادر بثبوت نسب الصغير منه وبتاريخ ٢٣ / ١٩٨٦/١ حكمت محكمة الاستئناف بعدم قبول الادعاء بالتزوير وبتأييد الحكم المستأنف طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة العامة مذكرة أبدت فيها الرأى بنقض الحكم . عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعى الطاعن بالسببين الأول والثانى منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول أنه لم يحضر جميع جلسات نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة وأن المحامى الذى حضر عنه جلستين من هذه الجلسات لم يكن موكلاً عنه وبفرض صحة وكالته فقد كان حضوره بعد أن سمعت بينة المطعون عليها فى غيبته ومن ثم فإن الحكم الصادر فى تلك الدعوى يكون غيابياً ويجوز له المعارضة فيه وإذ قضى الحكم المطعون فيه بعدم جواز المعارضة على سند من القول بأنه صدر حضورياً وتحجب عن تحقيق طعنه بالتزوير على محضر إعلانه بذلك الحكم بقولة أنه غير منتج وترتب على ذلك إغفاله بحث دفاعه بنفى نسب الصغير منه فإنه يكون فضلا عن مخالفته القانون والخطأ فى تطبيقه قد شابه القصور فى التسبيب .

وحيث إن هذا النعى غير سديد ذلك انه لما كان النص فى المادة ٢٨٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه « إذا لم يحضر المدعى عليه لا بنفسه ولا بتوكيل عنه بعد إعلانه فى الميعاد الذى حدد له ، تسمع الدعوى وأدلتها ويحكم فى غيبته بدون إعذار ولا نصب وكيل ... » وفى المادة ٢٨٥ منها على أن « الأحكام الحضورية هى التى

تصدر فى غير الأحوال المبينة فى انصل السابق » مفاده - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ان الحكم يكون حضورياً إذا سمعت الدعوى وأدلتها فى مواجهة المدعى عليه الحاضر بنفسه أو بوكيل عنه وكان الأصل فى وصف الحكم بأنه حضورى أو غيابى هو بحقيقة الواقع لا بما تصفه به المحكمة وكان الواقع فى الدعوى أنه بعد أن سمعت محكمة أول درجة بينة المطعون عليها مثل الطاعن أمامها بوكيل عنه وطلب أجلاً للإطلاع فأجابته إلى ذلك ثم حضر بالجلسة التاليه التى قررت فيها المحكمة حجز الدعوى للحكم فيكون ماتم من إجراءات لسماع الدعوى وأدلتها حاصلاً فى مواجهة الطاعن ويكون الحكم الصادر فيها حضورياً فى حقه وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على سند من أن الحكم الصادر فى ١٩٨١/٥/٢٤ هو حكم حضورى لا يقبل المعارضة فيه ووقف بقضائه عند هذا الحد فإنه لا يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه أو شابه القصور فى التسبيب ، لما كان ذلك وكان ما أثاره الطاعن عن عدم صدور عقد وكالة منه للمحامى الذى حضر عنه أمام محكمة أول درجة يعد سبباً جديداً محمولاً على واقع لم يسبق له أن تمسك به أمام محكمة الاستئناف ولا يقبل إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ومن ثم غير مقبول فإن النعى يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثالث علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والإخلال بحق الدفاع والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول أن محكمة اول درجة قضت بعدم قبول دعواه رقم ٢٤٨٢ لسنة ١٩٨١ بنفى نسب ابن المطعون عليها منه علي سند من أن الحكم الصادر بتاريخ ١٩٨١/٥/٢٤ فى الدعوى رقم ١٩٧٤ لسنة ١٩٨٠ بثبوت نسب الصغير إليه حاز قوة الأمر المقضى بعد الحكم برفض المعارضه فيه لرفعها بعد الميعاد فى حين أن هذا الحكم صدر غيابيا ولم يعلن به وليست له حجية عليه ولما كان الحكم المطعون فى قضائه بتأييد الحكم المستأنف بعدم قبول دعواه قد اقيم على عدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها فى دعوى ثبوت النسب وحجب عن تمحيص دفاعه بأنه يدين بالمسيحيه وزواجه بالمطعون عليها - بفرض حصوله - حرام شرعاً ولايثبت به النسب فإنه يكون قد خالف القانون وشابه الإخلال بحقه فى الدفاع والقصور فى التسبيب .

وحيث إن النعى مردود ذلك أنه لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المواد ٥ ، ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ و ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فأخضع إجراءات الإثبات لقانون المرافعات أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية وكان فقهاء هذه الشريعة - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - وإن لم يجمعوا على الأخذ بمبدأ حجية الأحكام على إطلاقه إلا أنه بإمعان النظر فى الاستثناءات التى وردت عليه يتضح أنها ليست فى الواقع إلا وجوها لإعادة النظر فى النزاع تقابل وجوه الطعن فى الأحكام المقررة فى القوانين الحديثة ومنها لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى أفردت باباً خاصاً لطرق الطعن فيها وذلك فيما عدا حالة ما إذا خالف الحكم نصا فى القرآن أو السنة أو خالف الاجماع فقد أوجبوا على القاضى إبطاله وإهدار ماله من حجية وكان الحكم المطعون فيه بعد إن خلص إلى إن الحكم بثبوت النسب الصادر فى الدعوى رقم ١٩٧٤ لسنة ١٩٨٠ قد حاز قوة الأمر المقضى لفوات ميعاد الطعن فيه بالاستئناف بما يمتنع معه نظر دعوى الطاعن بنفى هذا النسب لتوافر شروط الأخذ بقوة الأمر المقضى قد أورد فى أسبابه قوله « .... وأنه بالنسبة للحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٤٨٢ لسنة للحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٤٨٢ لسنة ١٩٨١ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة فإن الدعوى المذكورة قد اتحدت مع الدعوى رقم ١٩٧٤ لسنة ١٩٨٠ كلى أحوال شخصية شمال القاهرة فى الخصوم والموضوع والسبب وقد حاز الحكم الصادر فى هذه الدعوى الأخيرة قوة الأمر المقضى بانغلاق ميعاد الطعن فيه فانه لا يجوز إثارة النزاع مرة أخرى احتراما لهذه الحجية ويتعين الحكم - من تلقاء نفس المحكمة - بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وإذ قضت محكمة أول درجة فى الدعوى رقم ٢٤٨٢ لسنة ١٩٨١ بعدم قبولها لذات السبب المذكور فإن عدم القبول لسابقة الفصل يساوى عدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل .... ولما كان المستأنف (الطاعن) لم يقدم أسبابا تعيب الحكم فى شقه تعين القضاء برفض الاستئناف وتأييد الحكم المستأنف ..... »

وكان بهذا الذى انتهى اليه الحكم المطعون فيه تطبيقاً صحيحاً للقانون وكان الحكم النهائى بثبوت نسب الصغير إلى الطاعن لم يخالف نصاً فى القرآن أو السنه أو إجماع الفقهاء، لأن عقد زواجه بالمطعون عليها وفق ماثبت بالحكم وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - يكون فاسداً طالما أن المطعون عليها كانت جاهلة بالحرمة فيترتب على الدخول بها إثارة ومنها ثبوت النسب ويكون النعى على غير أساس .

وحيث إنه لما تقدم يتعين رفض الطعن .

الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥٥ق « أحوال شخصية » :

(١) نقض « إعلان الطعن ». « إستئناف . دعوى « الدفاع فيها » « اعتبار الدعوى كأن لم تكن » .

وجوب قيام قلم المحضرين بإعلان صحيفة الطعن بالنقض خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمها إليه من قلم الكتاب . م ٣/٢٥٦ مرافعات . ميعاد تنظيمي . الدفع باعتبار الطعن كأن لم يكن إعمالاً للمادة ٧٠ مرافعات لا محل له . علة ذلك .

(٢) إعلان . دعوى « سقوط الخصومة » . نقض « إعلان الطعن » .

إعلان الحكم بسقوط الخصومة . شرطه . أن يكون السير في الدعوى راجعاً إلى فعل المدعى أو إمتناعه . تراخي قلم الكتاب في تسليم أصل صحيفة الطعن بالنقض وصورها إلى المحضرين لإعلانها . لا محل للحكم بسقوط الخصومة . م ٢/٢٥٦ مرافعات .

(٣) إعلان « إعلان صحيفة إفتتاح الدعوى » .

ميعاد الحضور المنصوص عليه في المادة ٦٦ من قانون المرافعات . لا يمنح إلا مرة واحدة ولا يلزم منحه مرة أخرى عند تعجيل الدعوى بعد وقفها أو تقصير جلسة تالية .

(٤) أحوال شخصية « الموطن » . موطن . محكمة الموضوع « مسائل الواقع » .

الموطن في الشريعة الإسلامية — ماهيته . عدم إنتقاصه بموطن السكن . لا فرق بين الموطن ومحل الإقامة . شرطه . الإقامة بصفة مستقرة ولو لم تكن مستمرة . تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً .

(٥) نقض « أسباب الطعن : السبب الموضوعي » .

نعي الطاعن بعدم اعتبار العنوان الذي أعلن فيه بتقصير الجلسة موطناً آخر له يجوز إعلانه فيه . جدل موضوعي لا يجوز التحدي به أمام محكمة النقض .

٤ - الموطن الأصلي فى فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - هو موطن الانسان فى بلدته أو فى بلدة أخرى اتخذها دارا استوطن فيها مع أهله وولده وليس بقصد الارتحال منها وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولا ينتقض بموطن السكن وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن « محل الإقامة هو البلد الذى يقطنه الشخص على وجه يعتبر مقيماً عادة فيه » . فلم يفرق بين الموطن ومحل الإقامة العادى وجعل المعول فى تعيينه الإقامة فيه بصفة مستقرة ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبه متقاربه أو متباعدة وتقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها فى الموطن وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة . من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً .

٥ - ما ورد بالنعى من عدم اعتبار العنوان الذى أعلن فيه الطاعن بتقصير الجلسة موطناً آخر له يجوز إعلانه فيه لايعدو أن يكون جدلا موضوعيا لايجوز التحدى به أمام محكمة النقض .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

وحيث أن الوقائع - على مايبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المطعون ضدها اقامت الدعوى رقم ٩٦٤ لسنة ١٩٨٣ كلى أحوال شخصية جنوب القاهرة ضد الطاعن بطلب الحكم بتطليقها عليه للضرر . وقالت بيانا لدعواها أنه تزوجها بصحيح العقد الشرعى وإذ تعدى عليها بالضرب والقول واستولى على مصوغاتها مما أضر بها واستحال معه دوام العشرة بينهما فقد أقامت الدعوى . احالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن سمعت شهود الطرفين حكمت فى ٣٠ / ٤ / ١٩٨٤ بتطليق المطعون ضدها على الطاعن . استأنف الطاعن هذا الحكم بالاستئناف رقم ٣٥٣ لسنة ١٠١ق القاهرة ، وفى ٧ / ٧ / ١٩٨٥ حكمت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض . ودفعت المطعون ضدها باعتبار الطعن كأن لم يكن عملاً بحكم المادة ٧٠ من قانون

المرافعات وذلك لعدم إعلانها بصورة من صحيفته خلال ستين يوما من تاريخ التقرير كما دفعت بسقوط الخصومة فى الطعن عملا بالمادة ١٣٤ من قانون المرافعات تأسيسا على أن المحكمة باشرت إجراء إعلان الطعن خلال شهر تقريبا من تاريخ ايداع التقرير به فى ١٩٨٥/٤/٨ ولما لم يتم الإعلان سكتت المحكمة وسكت الطاعن عن إعادة الإعلان مدة تزيد على السنة . قدمت النيابة العامة مذكرة أبدت الرأى فيها برفض الدفعين وفى موضوع الطعن برفضه . عرض الطعن على هذه المحكمة فى غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الدفع باعتبار الطعن كأن لم يكن مردود - بما هو مقرر فى قضاء هذه المحكمة - من أنه لا محل لإعمال حكم المادة ٧٠ من قانون المرافعات بشأن اعتبار الدعوى كأن لم تكن على قضايا الطعون أمام محكمة النقض، ذلك أن الفصل الخاص بالنقض من ذلك القانون قد خلا من الإحالة إلى حكم هذه المادة على خلاف ما نصت عليه المادة ٢٤٠ من قانون المرافعات فيما يتعلق بالاستئناف بل نظمت المادة ٢٥٦ / ٣ من القانون المذكور كيفية إعلان صحيفة الطعن بالنقض فنصت على أنه " وعلى قلم المحضرين أن يقوم بإعلان صحيفة الطعن خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه من قلم كتاب محكمة النقض " ولا يترتب على عدم مراعاة هذا الميعاد بطلان اعلان صحيفة الطعن ، بما مفاده أن الميعاد المقرر لإعلان صحيفة الطعن بالنقض ليس ميعاداً حتميا بل مجرد ميعاد تنظيمى لا يترتب على تجاوزه البطلان ومن ثم يكون الدفع فى غير محله .

وحيث إنه عن الدفع بسقوط الخصومة فى الطعن . فمردود بأن سقوط الخصومة طبقاً لحكم المادة ١٣٤ من قانون المرافعات - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - جزاء فرضه المشرع على المدعى الذى يتسبب فى عدم السير فى الدعوى بفعله أو امتناعه مدة سنة إذا طلب صاحب المصلحة إعمال هذا

الجزاء . لما كان ذلك وكانت الفقرة الثانية من المادة ٢٥٦ من قانون المرافعات تلقى على قلم الكتاب وحده عبء القيام بتسليم أصل صحيفة الطعن بالنقض وصورها إلى قلم المحضرين لإعلانها ، فإذا ماتراخى قلم الكتاب في القيام بذلك فإنه لايجوز الحكم بسقوط الخصومة لأن عدم السير فيها لايكون في هذه الحالة بفعل الطاعن أو امتناعه ومن ثم يكون هذا الدفع على غير أساس .

وحيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب ينعى بها الطاعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع وفي بيان ذلك يقول إن المطعون ضدها قصرت الاجل المحدد لنظر الدعوى أمام محكمة أول درجة إلى جلسة ٩ / ٤ / ١٩٨٤ وأعلنته بهذا التقصير في ١٩٨٤/٤/٥ مخالفة بذلك نص المادة ٦٦ من قانون المرافعات والذى يقضى بأن ميعاد الحضور أمام المحكمة الابتدائية هو « خمسة عشر يوماً » هذا إلى أنها أعلنته بالتقصير المذكور في محل إقامته الثابت بإنذاره إليها المؤرخ ١٩٨٣/٩/١٠ في حين أنها تعلم بسفره خارج البلاد للعمل بجامعة قطر ولم تعلنه في محل إقامته المعلوم لها بالخارج أو في موطن وكيله مخالفة بذلك المادتين ٩/١٣ و ٧٤ من قانون المرافعات وقد ترتب على عدم مراعاة ميعاد الحضور وعدم إعلانه في موطنه القانوني أن لم يحضر ليبدى دفاعه . وإذا انتهى الحكم المطعون فيه إلى أن الإعلان المذكور قد تم وفقاً للقانون واعتد بما ترتب عليه رغم بطلانه فإنه يكون معيباً بالخطأ في تطبيق القانون والإخلال بحق الدفاع .

وحيث إن النعى مردود ، ذلك أنه لما كان ميعاد الحضور المنصوص عليه في المادة ٦٦ من قانون المرافعات هو الذى يجب أن ينقضى بين إعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى متضمنة تكليفه بالحضور أمام المحكمة وبين تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى بفرض أن يتمكن من الاستعداد للدفاع قبل حضوره هذه الجلسة ولا يمنح هذا الميعاد إلا مرة واحدة فلا يلزم منحه مرة أخرى عند

تعجيل الدعوى مثلا بعد وقفها أو تقصير جلسة تالية . وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد منح ميعاد الحضور كاملا امام محكمة أول درجة بين تكليفه بالحضور أمامها فى صحيفة الدعوى وبين الجلسة المحدده لنظرها . وتداولت الدعوى بالجلسات وسمع شهود الطرفين بجلسة ١٩٨٤/١/١٦ ثم حضر وكيل عن كل منهما بجلسة المرافعة فى ١٩٨٤/٢/٢٠ ثم تأجلت الدعوى لجلسة ١٩٨٤/٥/٧ وقصرت هذه الجلسة بناء على طلب وكيل المطعون ضدها إلى جلسة ١٩٨٤/٤/٩ فانه لاحق للطاعن فى ميعاد حضور بين إعلانه بهذه الجلسة وبين موعد إنعقادها وبالتالى لاخطأ فى عدم منحه هذا الأجل . لما كان ذلك وكان الموطن الأصلى فى فقه الشريعة الإسلامية - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - هو موطن الانسان فى بلدته أو فى بلدة أخرى إتخذها داراً استوطن فيها مع أهله وولده وليس بقصد الارتحال منها وأن هذا الموطن يحتمل التعدد ولاينتقض بموطن السكن وهو ما استلهمه المشرع حين نص فى المادة ٢٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن محل الإقامة هو البلد الذى يقطن الشخص على وجه يعتبر مقيماً فيه عادة فلم يفرق بين الموطن ومحل الاقامة العادى وجعل المعول فى تعيينه الإقامة فيه بصفه مستقرة ولو لم تكن مستمرة تتخللها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة ، وكان تقدير قيام عنصر الاستقرار ونية الاستيطان اللازم توافرها فى الموطن - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع متى كان استخلاصه سائغا ، وكان الحكم المطعون فيه قد اعتد بموطن الطاعن الوارد باعلان التقصير الذى وجهته اليه المطعون ضدهما على سند من قوله « ومن حيث أنه بالنسبة لما أثاره المستأنف من دفاع ببطلان الحكم المستأنف تأسيساً على أن التنفيذ كان محددا لها جلسه ١٩٨٤/٥/٨ ثم تم تقصير الاجل إلى جلسة ١٩٨٤/٤/٩ ولم يتم إعلانه قانوناً . فان ذلك مردود من أنه قد أعلن قانوناً فى ١٩٨٤/٤/٥ على ذات عنوانه الذى اتخذه واوضحه فى

صحيفة إنذار الطاعنة الموجه للمستأنف ضدها والمعلن لها في ١٩٨٣/٩/١ للدخول في طاعته والمقدم صورته الضوئية بحافظة المستندات المقدمة أمام محكمة أول درجة الأمر الذي يؤكد أن الإعلان تم عليها وفق أحكام القانون طالما أنه إتخذ هذا الموطن إقامة له في ١٩٨٣/٩/١٠ في مدة سابقة على إعلانه عليه بتقصير الأجل الذي تم له في ١٩٨٤/٤/٥ ومن ثم فإن المحكمة تلتفت عما أثير في هذا الخصوص وكان هذا من الحكم المخصوص » وكان هذا من الحكم استخلاصاً سائغاً مما له أصله الثابت في الأوراق ويدخل ضمن سلطة محكمة الموضوع فإن ماورد بالنعي من عدم اعتبار العنوان الذي اعلن فيه الطاعن بتقصير الجلسة موطناً آخر له يجوز إعلانه فيه لايعدو أن يكون جدلاً موضوعياً لايجوز التحدي به أمام محكمة النقض . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه إذا انتهى صحيحاً إلى صحة إعلان الطاعن بالجلسة ورتب على الإعلان آثاره فإنه لايكون قد أخطأ في تطبيق القانون ولا أخل بحق الدفاع ويكون النعي برمته على غير أساس .

ولما تقدم يتعين رفض الطعن .

الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ ق « أحوال شخصية » :

(١) أحوال شخصية « المسائل الخاصة بالمسلمين : التطليق » :

الضرر الموجب للتفريق وفقا للمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . ماهيته . إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما . استقلال محكمة الموضوع بتقديره .

(٢) أحوال شخصية « المسائل الخاصة بالمسلمين : التطليق » . محكمة الموضوع « مسائل الواقع » .

معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شخصى . تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا . أمر موضوعى متروك لقاضى الموضوع .

(٣) أحوال شخصية « دعوى الأحوال الشخصية : الإجراءات » .

إلغاء الفصل الخاص برفع الدعوى قبل الجواب عنها من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية . مؤداه . وجوب إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن إبداء الدفوع الشكلية . عدم إبداء الدفوع المتعلقة بالاجراءات قبل التكلم فى موضوع الدعوى . أثره . سقوط الحق فيما لم يبد منها .

(٤) أحوال شخصية « المسائل الخاصة بالمسلمين : التطليق » .

التطليق إعمالا لحكم المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . شرطه. عجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين - لم يرسم القانون طريق معينا لمحاولة الإصلاح ولم يستوجب حضور الزوجين أمام المحكمة عند إتخاذ هذا الإجراء . عرض الصلح على وكيل المطعون عليها ورفضه كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الزوجين .

(٥ ، ٦) أحوال شخصية « دعوى الأحوال الشخصية : الإثبات » .

(٥) الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية . اجراءات الإثبات الشكلية . خضوعها لقانون المرافعات . قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بالدليل . خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية.

(٦) إقامة المدعي البينة على دعواه . طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعي على أنه محق في دعواه . غير مقبول . علة ذلك .

١- الضرر الموجب للتفريق وفقاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق .

٢ - المقرر في قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر في معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شخصي لا مادي وتقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعي الذي يحيطهما .

٣- المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضي باتباع أحكام قانون المرافعات في الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التي كانت من اختصاص المحاكم الشرعية وذلك

فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى وإذ الغى الفصل الرابع من الباب الثانى من هذه اللائحة والخاص بدفع الدعوى قبل الجواب عنها بموجب نص المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - السالف البيان فإنه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن إبداء الدفوع الشكلية فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف ومنها مانصت عليه المادة ١/١٠٨ منه من أن « الدفع بعدم الاختصاص المحلى ..... وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ... » وإذ كان مؤدى هذا النص أنه يتعين على الخصم الذى يرغب فى التمسك بالموضوع المتعلقة بالإجراءات أن يبديها قبل التكلم فى موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فى التمسك بما لم يبد منها .

٤ - من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ اشترطت للقضاء بالتطليق عجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقاً معيناً لمحاولة الإصلاح ولم تستوجب حضور الزوجين شخصياً عند اتخاذ هذا الإجراء ، وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على وكيل المطعون عليها فرفضه .... فإن ذلك يكفى لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الطرفين .

٥ - مفاد المادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية لقانون المرافعات أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانونى فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

٦ - من المقرر في فقه الحنفية أنه إذا أقام المدعى البينه على دعواه ثم طلب المدعى عليه بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق فى دعواه فإن القاضى لايجيبه إلى طلبه لأن اليمين حق المدعى على المدعى عليه لقول الرسول عليه الصلاة والسلام لك بينه والبينه على المدعى واليمين على من انكرفقسم بين الخصمين فجعل البينه على المدعى واليمين على من أنكر والقسمه تنافى الشركه .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع التقرير الذى تلاه السيد المستشار المقرر والمرافعة وبعد المداولة .

حيث إن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية .

وحيث إن الوقائع - على ما يبين من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق - تتحصل في أن المطعون عليها أقامت الدعوى رقم ١١١٥ لسنة ١٩٨٣ كلى أحوال شخصية المنصورة ضد الطاعن للحكم بتطليقها عليه طلقة بائنة لزواجه بأخرى دون رضاها واحتياطيا لإضراره بها عملا بنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقالت بيانا لدعواها أنه تزوجها بصحيح العقد المؤرخ ١٩٦٤/٩/١٧ ودخل بها وفى عصمته وطاعته وإذ هجرها وتزوج بأخرى دون رضاها ودأب على إهانتها والإساءة إليها وابلغ الشرطة ضدها للتشهير بها والكيد لها مما أضربها واستحال معه دوام العشرة بينهما فقد أقامت الدعوى . أحالت المحكمة الدعوى إلى التحقيق وبعد أن سمعت شهود الطرفين حكمت

فى ١٩٨٥/٣/٣١ بتطليق المطعون عليها على الطاعن طلقة بائنة . استأنف الطاعن هذا الحكم لدى محكمة استئناف المنصورة بالاستئناف رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٥ ق . وبتاريخ ١٩٨٧/١/١٢ حكمت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف . طعن الطاعن فى هذا الحكم بطريق النقض وقدمت النيابة مذكرة أبدت فيها الرأى برفض الطعن . عرض الطعن على هذه المحكمة في غرفة مشورة فحددت جلسة لنظره وفيها التزمت النيابة رأيها .

وحيث إن الطعن أقيم على تسعة أسباب ينعى الطاعن بالسببين الأول والثانى منها على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك يقول أن الشاهدين اللذين عول الحكم الإبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه على أقوالهما في ثبوت الضرر الموجب للتفريق شقيقان للمطعون عليها ولهما مصلحة فى تطليقها منه للاستيلاء على شقة الزوجية مما دفعهما إلى التعرض له في حيازته لتلك الشقة إلا أن النيابة وقاضى الحيازة مكناه منها وهو ما أدى إلى قيام خصومات مدنية وجنائية بينه وبينهما كما أن ثانيهما وكيل رسمى عن المطعون عليها فى تلك الخصومة الأمر الذى يكونان معه متهمين فى شهادتهما ويوجب عدم قبولها شرعاً هذا إلى أن أولهما أسند واقعة السب والضرب التى شهد بها إلى تاريخ لاحق على رفع دعوى التطليق بثلاثة أشهر فتكون شهادته غير موافقة للدعوى فضلا عن إن شهادته فيما قرره عن اعتداء الطاعن على المطعون عليها أمام زملائه جاءت سماعية وأما الشاهد الثانى فجاءت شهادته مجمله ولم تنصب على ما شاهده بعينه أو سمعه بأذنه فلا تجوز شرعاً كان الطاعن قد تمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الاستئناف وقدم المستندات المؤيدة له وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم المستأنف بالتطليق قد أهدر هذا الدفاع على سند من القول بأن محكمة أول درجة - في حدود سلطتها التقديرية - اطمأنت إلى شاهدى المطعون عليها وأغفلت محكمة الاستئناف إعمال رقابتها على تقدير أقوالهما ولم ترد على

ما أثاره بشأن تعييب شهادتهما وعدم جواز الأخذ بها كبينة شرعية لإثبات الضرر المبيح للتطليق فإن الحكم يكون معيبا بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبيب .

وحيث إن النعى مردود ذلك أنه لما كان الضرر الموجب للتفريق وفقاً لنص المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو ايذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاءً لا ترى المرأة الصبر عليه ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق وكانت المطعون عليها قد أوردت بصحيفة الدعوى . ضمن صور الإضرار بها أن الطاعن أبلغ ضدها الشرطة للتشهير بها والكيد لها وكان الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم المستأنف بالتطليق قد أعتمد بهذه الواقعة فى ثبوت الإضرار الموجب للتفريق وأقام قضاءه بشأنها على قوله و إذ الثابت من استقراء موضوع الدعوى ومستنداتها أن المستأنف (الطاعن) قد أضر بزوجته المستأنف ضدها (المطعون عليها) ضرر لا يستقيم معه دوام العشرة بين أمثالهما وهما من ذوى الثقافات العليا والمستوى الاجتماعى الراقى فهو مهندس كبير وهى دكتورة عاملة وأبسط أنواع الإضرار بها اتهام زوجها المستأنف (الطاعن) لها ومحاكمتها فى الجنحة رقم ٤٧٣٠ لسنة ١٩٨٣ جنح العجوزة قضى عليها فيها بحبسها شهراً مع الشغل وقد ألغى هذا الحكم استئنافيا وقضى ببراءتها مما نسبه اليها وهذا وحده كاف فى استمرار النفور وعدم إمكان استقامة دوام العشرة بينهما .... فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتد بهذه الواقعة فى توافر الضرر الموجب للتطليق وهى دعامة تكفى وحدها

سبل لعشائه فإن تعييبه فى الدعامة الأخرى المستمدة من أقوال شاهدى المطعون عليها - وأيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير منتج .

وحيث إن الطاعن يقول فى بيان السبب الثالث للطعن أن الحكم المطعون فيه اعتد فى توافر الإضرار الموجب للتطليق بواقعة اتهامة المطعون عليها فى قضية الجنحة رقم ٤٧٣٠ لسنة ١٩٨٣ العجوزة التى حكم عليها فيها بالحبس وهذا من الحكم يعد مخالفا للقانون والثابت بالأوراق ويعيبه بالقصور فى التسبيب والتناقض وذلك من ثلاثة أوجه أولها وثانيها أن الضرر الموجب للتطليق يلزم أن يكون واقعا من الزوج وناشئا عن الشقاق بينه وبين زوجته وغير قابل للزوال وهو ما لم يتوافر فى واقعة الدعوى لأنه عندما استعمل حقه فى الإبلاغ عن التعرض له فى حيازته لشقة الزوجية لم يتعمد الإساءة إلى المطعون عليها ولم يقصد الإضرار بها بدليل أنه لم يوجه لها الاتهام بالتعرض وقصره على أشقائها هذا إلى أنه عزف عن مواصلة السير فى الخصومة مما أدى إلى الحكم فى الاستئناف ببراءة المطعون عليها الأمر الذى يكشف عن أنها هى التى أساءت إليه وأضرت به وقد تمسك بهذا الدفاع أمام محكمة الموضوع إلا أن الحكم التفت عنه وثالثها أن الحكم إذ قضى بالتطليق تناقضت أسبابه بين القول بتوافر شروط إعمال المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى توجب ثبوت الضرر بين التفريق للشقاق الذى لا يتوافر إلا عند تكرار الزوجه شكواها طالبة التطليق دون ثبوت الضرر وبعد القضاء برفض دعواها الأولى .

وحيث إن النعي مردود من جميع الوجوه ذلك أنه لما كان المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن معيار الضرر فى معنى المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ شخصى لا مادى والمقصود به بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر

موضوعى متروك لقاضى الموضوع ويختلف باختلاف بيئة الزوجين ودرجة ثقافتهما والوسط الاجتماعى الذى يحيطهما وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى أن العشرة لا يمكن أن تدوم بين الزوجين المتنازعين بعد أن وصل الأمر إلى حد إتهامها فى قضية الجنحة رقم ٤٧٣٠ لسنة ١٩٨٣ العجوزة مما أدى إلى الحكم عليها بالحبس فليس فيما خلص إليه الحكم ما يعاب ولا يغير من ذلك إن الأصل إن التبليغ من الحقوق المباحة للأفراد وأن استعماله لايمكن أن يرتب مسئولية طالما صدر معبراً عن الواقع ولو كان الانتقام هو ما حفزالى التبليغ لأن إباحة هذا الحق لا يتنافر مع كونه يجعل دوام العشرة مستحيلا لاختلاف المجال الذى يدور فى فلكه مجرد الإدعاء أو التبليغ ومدى تأثيرهما على العلاقة بين الزوجين ، لما كان ذلك وكان الحكم قد استوفى دليله مما له أصل ثابت بالأوراق واستخلص منه أن الإضرار بالمطعون عليها واتهامها فى قضية الجنحة المشار إليها كان من جانب الطاعن وأقام قضاءه فى هذا الخصوص على أسباب سائغة فيها الرد الضمنى المسقط لدفاع الطاعن وما قدمه من مستندات فإن النعى بما ورد فى الوجهين الأول والثانى يكون فى غير محله وكان النعى بالوجه الثالث غير صحيح لأن البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أسس قضاءه بالتطليق على سند من ثبوت إضرار الطاعن بالمطعون عليها وفقا للمادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ دون أى أساس آخر مما يكون معه الإدعاء بتناقض أسباب الحكم فى هذا الخصوص وارد على غير محل من قضائه فإن النعى فى جميع وجوهه يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسببين الرابع والخامس على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون والتناقض وفى بيان ذلك يقول أن الحكم فى قضائه بالتطليق عول على أنه اعترف بهجر المطعون عليها وإقامته مع زوجته الثانية

بمدينة السويس وأن تردده على المطعون عليها كان مرهونا بمصالحه الوظيفية بالقاهرة ولما كان الهجر باعتباره ضرراً موجباً للتفريق لم يكن من جانبه لأن المطعون عليها هى التى نشزت عن طاعته بسفرها للعمل بالسعودية وحكم بعدم قبول اعتراضها على دعوته لها بالدخول فى طاعته كما أنه يتعين لإجابة طلب الزوجة التطليق للغياب أن يضرب القاضى للزوج أجلا للحضور للإقامة مع زوجته أو بنقلها إليه إلا وطلقها عليه وهو ما لم تقم به المحكمة ... ما ثبت لها أنهما لا يقيمان فى بلد واحد وكان الحكم قد جاءت أسبابه فى هذا الخصوص مجملة مبهمة لا يبين منها إن كانت المحكمة قد اعتدت بالهجر باعتباره ضرراً موجباً لتطليق المطعون ضدها عليه وفقاً لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أم أرادت به الغياب المقصود بنص المادة ١٢ من ذلك المرسوم بقانون وكانت هذه الأسباب متناقضة لأن الحكم وإن انتهى فيها إلى ثبوت إضراره بالمطعون عليها لهجره إياها إلا أنه أورد فى مدوناته أنها تقيم بالسعودية وأنه أنذرها بالدخول فى طاعته مما لا يستقيم معه القول بهجرها أو الغياب عنها وهو ما يعيب الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والتناقض .

وحيث إن النعى فى غير محله ذلك أنه لما كانت المطعون عليها قد أقامت دعواها بطلب تطليقها على الطاعن وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لهجرة لها بعد زواجه بأخرى ولصور الإضرار الأخرى التى عددتها بصحيفة تلك الدعوى وكان الحكم الابتدائى إذ قضى بالتطليق قد استند إلى هذه المادة وأورد بأسبابه فى هذا الخصوص قوله .... كما أنها شابة تخشى على نفسها الفتنة وقد هجرها زوجها ذلك الهجر غير المشروع وتركها وحيدة ضعيفة على جزع تتألم من الوحشة وتتوجع من الألم ... والمحكمة ترى أنه ليس من الإنصاف أن تبقى هذه الزوجة دون أنيس ولا جليس بيت يأتنس زوجها

بكنف زوجه الأخرى ويتركها معلقة لا تتصل به ولا هو يطلقها لتتخذ زوجاً غيره..... وكان الحكم المطعون فيه إذ أيده قد أضاف قوله .... وما أثاره الحكم المستأنف عن هجره لها فهو ثابت باعترافه حيث انه يقيم مع زوجته الثانية بالسويس وتردده على المستأنف ضدها (المطعون عليها) مرهون بمصالحه الوظيفية بالقاهرة .... وهو ما يدل على أن الحكم قد خلص مما تقدم إلى أن ما وقع من الطاعن يعد هجراً غير مشروع يصيب المطعون عليها بأبلغ الضرر ومن شأنه أن يجعلها كالمعلقة فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة فيتحقق به - طالت مدة الهجر أم قصرت - موجب التطليق طبقاً للمادة السادسة من المرسوم بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تجيز للزوجة طلب التطليق إذ أضر الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما وهو ما لا محل معه لتعييب الحكم لعدم اتخاذه الإجراءات المنصوص عليها في المادتين ١٢و١٣ من ذلك المرسوم بقانون اللتين يقتصر تطبيقهما على حالات التطليق للغيبة ، لما كان ذلك وكان عدم قبول اعتراض الزوجة على دعوة زوجها بالدخول في طاعته لا يكون بذاته حاسما في نفي ما تدعيه من مضارة في دعوة التطليق للضرر تبعا لتغاير الموضوع في الدعويين وكان الحكم المطعون فيه في قضائه بالتطليق قد جاءت أسبابه قاطعة وواضحة وعلى سند من ثبوت مضارة الطاعن المطعون عليها فلا يعيبه أن تكون في البعض من عباراته ما قد يوهم بوقوع تناقض بين الأسباب بعضها والبعض الآخر فإن النعي يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب السادس على الحكم المطعون فيه القصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول أنه تمسك أمام محكمة الموضوع بمرجحيها بأن زواجه بأخرى كان برضا المطعون عليها وبسبب عدم إنجابها وأنها لم تقدم الدليل على خلاف ذلك وإذ التفت الحكم المطعون فيه عن

هذا الدفاع الجوهرى على سند من القول بأن محكمة أول درجة قضت بالتطليق للضرر وليس للزواج بأخرى فإنه يكون معيبا بالقصور وبالخطأ فى تطبيق القانون .

وحيث إن النعى مردود ذلك أنه لما كان الحكم الإبتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على سند من ثبوت اضرار الطاعن بالمطعون عليها الموجب التفريق بينهما وفقا لنص المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واستخلص ذلك من اتهامه لها فى قضية الجنحة رقم ٤٧٣٠ لسنة ١٩٨٣ والحكم عليها بالحبس ومن هجرة لها هجرا غير مشروع واستمد الدليل على ذلك مما له أصل ثابت بالأوراق ويما يكفى لحمل قضائه وكان الحكم المطعون فيه رد على ما أثاره الطاعن بهذا السبب بأن محكمة أول درجة لم تقم قضاءها على الزواج بأخرى فإن النعى يكون واردا على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه وغير مقبول .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب السابع على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والإخلال بحق الدفاع لأنه إذ دفع أمام محكمة أول درجة بعدم اختصاصها محليا بنظر الدعوى وتمسك بهذا الدفع أمام محكمة الاستئناف وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على هذا الدفع الذى كان مطروحا على المحكمة بمقتضى الأثر الناقل للاستئناف فإنه يكون معيبا بالقصور والإخلال بحق الدفاع .

وحيث إن النعى مردود ذلك أن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن المادة الخامسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تقضى باتباع أحكام قانون

المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية وذلك فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى وإذ الغى الفصل الرابع من الباب الثانى من هذه اللائحة والخاص بدفع الدعوى قبل الجواب عنها بموجب نص المادة ١٣ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ السالف البيان فإنه يتعين إعمال القواعد المنصوص عليها فى قانون المرافعات بشأن إبداء الدفوع الشكلية فى دعاوى الأحوال الشخصية والوقف ومنها ما نصت عليه المادة ١/١٠٨ منه من أن « الدفع بعدم الاختصاص المحلى ..... وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات يجب إبداؤها معا قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها ... » وإذ كان مؤدى هذا النص أنه يتعين على الخصم الذى يرغب فى التمسك بالدفوع المتعلقة بالإجراءات أن يبديها قبل التكلم فى موضوع الدعوى وإلا سقط الحق فى التمسك بما لم يبد منها وكان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تناول فى صحيفة الاستئناف موضوع الدعوى دون أن يبدى فيها الدفع بعدم الاختصاص المحلى فإن حقه فى التمسك بهذا الدفع يكون قد سقط ولا على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عما أثاره الطاعن بشأن هذا الدفع فى مذكرة لاحقه ويكون النعى على غير أساس .

وحيث إن الطاعن ينعى بالسبب الثامن على الحكم المطعون فيه القصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال من وجهين أولهما أنه تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن محكمة أول درجة عدلت عن قرارها باستدعاء المطعون عليها شخصيا لعرض الصلح عليها دون أن تبين أسباب هذا العدول بالمخالفة لنص المادة التاسعة من قانون الإثبات إلا أن الحكم التفت عن هذا الدفاع بمقولة أن المطعون عليها سبق لها الحضور بشخصها أمام المحكمة بما ينتفى معه الادعاء

بأن الدعوى رفعت دون علم منها وأن وكيلها رفض محاولة الصلح في حين أن التدخل لمحاولة التوفيق بين الزوجين إجراء جوهري متعلق بالنظام العام ولهذا الغرض كان قرار محكمة أول درجة باستدعاء المطعون عليها مرة أخرى فلا يسوغ العدول عنه طالما لم يستجد في الدعوى ما يبرره والثاني أن المحكمة عولت على ما قرره وكيل المطعون عليها عن عدم قبول الصلح دون أن تتحقق من أن التوكيل الصادر له يخوله ذلك .

وحيث إن النعي مردود في وجهه الأول بأنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ إذ اشترطت للقضاء بالتطليق عجز القاضي عن الاصلاح بين الزوجين لم ترسم طريقاً معينا لمحاولة الإصلاح ولم تستوجب حضور الزوجين شخصيا عند إتخاذ هذا الاجراء وكان الثابت بالأوراق أن محكمة أول درجة عرضت الصلح على وكيل المطعون عليها فرفضه وأن المحكمة وإن رأت بالقرار الصادر في ١٩٨٥/١/١٩ باستدعاء المطعون ضدها شخصيا لعرض الصلح إلا إنها عدلت عن هذا الاجراء على ضوء ما ثبت بجلسة ١٩٨٥/٢/٢٣ من أنها موجودة بالخارج ولرفض وكيلها مرة أخرى قبول الصلح مع الطاعن فإنه ذلك يكفي لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح بين الطرفين ويعد مبرراً سائغاً لعدولها عن الإجراء الذي كانت قد أمرت به ويكون النعي بهذا الوجه في غير محله وكان النعي في الوجه الثاني غير مقبول لأنه دفاع جديد يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض فإن النعي يكون على غير أساس .

وحيث إن الطاعن يقول في بيان السبب التاسع للطعن على الحكم المطعون فيه أنه طلب من محكمة الموضوع بدرجتيها توجيه اليمين للمطعون ضدها على

أنه هجرها بلا مبرر وأساء إليها بما لا يمكن معه دوام العشرة بينهما إلا أنهما لم تجيباه إلى هذا الطلب وهو ما يعيب الحكم الإبتدائى والحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والإخلال بحق الدفاع من وجهين. أولهما أن الحكم الإبتدائى استند فى عدم إجابته إلى هذا الطلب إلى أنه لا يجوز توجيه اليمين فى مجال العلاقات الأسرية غير المالية وهو ما يخالف الراجح من مذهب أبى حنيفه إذ يصح توجيه هذه اليمين للمرأة فى مسائل الأحوال الشخصية على حقوقها الشخصية وثانيهما أن الحكم الاستئنافى المطعون فيه أيد رفض توجيه اليمين للمطعون ضدها على سند من القول بأن الطاعن طلبها على سبيل الاحتياط وبعد ابدائه الدفع بعدم الاختصاص المحلى ولم يتمسك بها بصفة أصلية فى حين أن ذلك الدفع لا يعد تعرضا لموضوع الدعوى وأن اليمين فى الشريعة الإسلامية تحسم النزاع مؤقتا فيجوز للمدعى إذا توافرت لديه البينة بعد حلف اليمين أن يطلب سماعها ويحكم له بمقتضاها .

وحيث إن النعى مردود فى وجهه الأول ذلك أن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الإبتدائى فى قضائه برفض طلب توجيه اليمين للمطعون عليها لم يحل إلى أسباب ذلك الحكم وإنما انشأ لنفسه أسبابا خاصة به ولما كان النعى الموجه إلى الحكم الإبتدائى متعلقا بما أورده فى مدوناته من أسباب لرفض توجيه اليمين لا يصادف محلا من قضاء الحكم المطعون فيه فإنه - أيا كان وجه الرأى فيه - يكون غير مقبول والنعى فى وجهه الثانى غير سديد ذلك أن مفاد المادتين الخامسة والسادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع فرق فى الإثبات بين الدليل وإجراءات الدليل فأخضع إجراءات الإثبات كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود وغير ذلك من الإجراءات الشكلية

لقانون المرافعات أما قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني فقد أبقاها المشرع على حالها خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية . لما كان ذلك وكان من المقرر في فقه الحنفية أنه إذا أقام المدعى البينه على دعواه ثم طلب المدعى بعد ذلك يمين المدعى على أنه محق في دعواه فإن القاضي لا يجيبه إلى طلب لأن اليمين حق المدعى على المدعى عليه لقول الرسول عليه الصلاة والسلام « لك يمينه » و« البينه على المدعى واليمين على من أنكر » فقسم بين الخصمين فجعل البينه على المدعى واليمين على من أنكر والقسمة تنافي الشركة فإن الحكم المطعون فيه إذا أيد الحكم الإبتدائي في عدم إجابة طلب الطاعن توجيه اليمين للمطعون عليها يكون قد انتهى إلى نتيجة صحيحة في القانون ولا يعيبه ما أورده في هذا الخصوص من تقريرات قانونية خاطئة ذلك أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مثل هذه التقريرات لا تفسد الحكم ولا تبطله ويكون النعي على غير أساس .

ولما تقدم يكون الطعن على غير أساس ويتعين رفضه .

الفهرس

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع الصفحة

الفصل الأول

إنشـــاء الزواج

الموضوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة